

مَشْرَح
فَتْحُ الْقَدِيرِ
لِلْعَاجِزِ الْفَقِيرِ

تأليف
أبي الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

مجلد الثامن

دار
الكتاب العربي



شرح فتح القدير
للعائز الفقير

شرح فتح القدير للعلاجيز الفقيه

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الجزء السادس

(الجزء السادس)

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

ابن عبد الجدين مسعود السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام
الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملة نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار

للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ مع

الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكركلاني على الهداية

شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي

الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني

الرشدي المتوفى سنة ٥٩٣ في

الفقه على مذهب الامام

الاعظم أبي حنيفة ربه

الله ونفعنا بهم

آمين

وبه امسه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود

البارقي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المغني

الشهير بسعدى جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح

العناية المذكور وعلى الهداية

* (تنبيه) * قد جعلنا الهداية وفتح القدير والكفاية في الصلب الاول في صدر

الصفحة ويليها الثاني مفصولا بينهما جدول ثم الثالث مفصولا بينهما جدول

وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي الاول في صدر الهامش

ويليه الثاني والتعقيب تابع للهداية فليعلم

* (قال في كشف الظنون) *

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفرها قبلها في الشرع من كتب

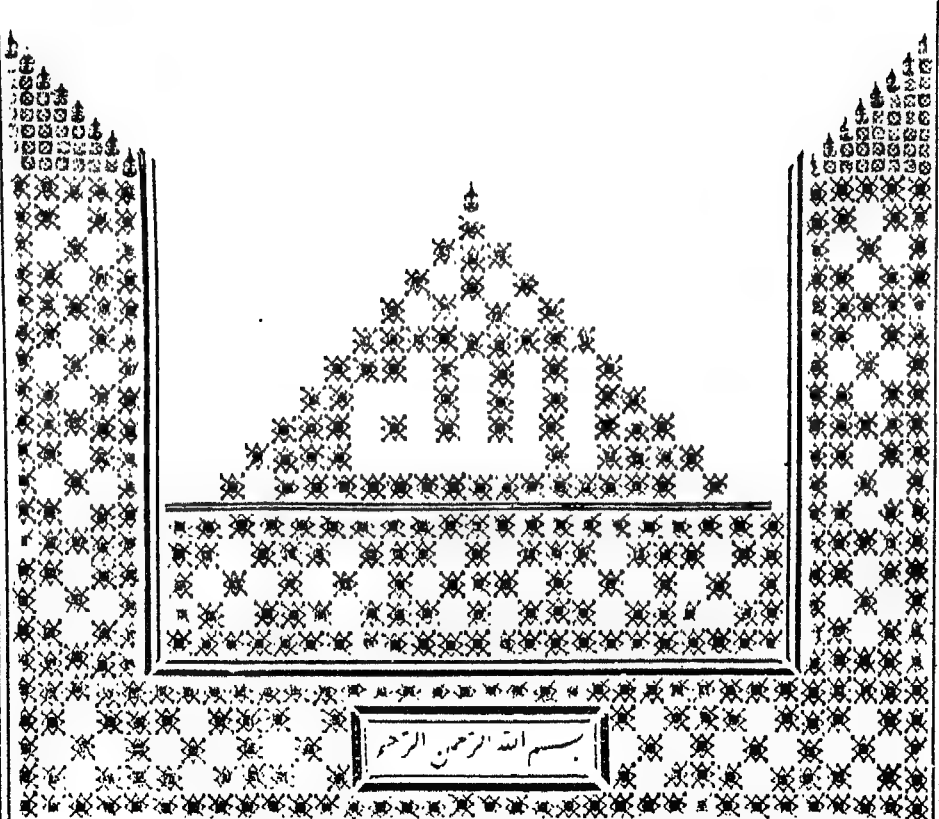
فاحفظوا عدها واسلك مسالكها * بسلم مقالك من زيف ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه

أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

وعلى هذا الكتاب المستطاب لمحمد بن عبد الواحد السكندري
وذلك في شهر رمضان المبارك سنة ١٣٤٥ هـ



*** (باب خيار العيب) ***

(واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاعرده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير

*** (باب خيار العيب) ***

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب وعابه ز لا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أي ضاع الى الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعديه ناقصا (قوله) واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاعرده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلامشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحل لها ونجاسة الثوب وينبغي - له على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو ما لم يشترط فيه عيب (يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فاعلم ان البخاري حيث قال ويدكر عن العلاء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما شترى محمد رسول الله من العلاء بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا نجسة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المهجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العلاء بن خالد بن هوزة ألا قرئت كتابا كتب لي رسول الله صلى الله

*** (باب خيار العيب) ***

(قوله لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة) لان الغالب في الاشياء هو السلامة فيقع العقد على ذلك

*** (باب خيار العيب) ***

آخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واطافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاعرده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة أي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد بن هوزة عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول الله من العلاء بن خالد بن هوزة عبدا واداء ولا نجسة يبيع المسلم من المسلم وتفسير الاداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة المرض في الجوف والكبد والورثة ٣ فان المرض ما يكون في سائر البدن والاداء ما يكون في الجوف والكبد والورثة وفيما روي عن أبي يوسف أنه قال اداء المرض والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والنجسة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنبيه على أن المبيع يقتضي سلامة المبيع عن

*** (باب خيار العيب) ***

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة

العيب بوصف السلامة يغوب بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقترن بكلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات للزوم انتفى الملزوم فالجواب أن المطلق ينصرف الى الكمال وهو العقد اللازم ومن انتفائه (٣) لا يلزم انتفائه انعقد وليس له أن يحسكه

ويأخذ النقصان) لان الغائب وصف اذ العيب اما أن يكون بما وجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصمى الناقصة والسن والسوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما وجب النقصان معنى لاصوره كالسعال القديم وارتفاع الحبض في زمانه والزنا والدفن والخرفي الجار يتوفى ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسبيل الى الاول والثاني للتلاؤدى الى مزاوجة التبع الاصل فحين الثالث (قوله في مجرد العقد) احترازا عما اذا كانت الاوصاف متصودة بالتناول كانت تقدم (قوله ووصف السلامة يغوب بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لان الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم (قوله ينتفى الرضا) أقول أى ظاهر (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما

كأن لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يحسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن عليه وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد أو أمة لاداء ولا غالة ولا خمسة ببيع المسلم المسلم في هذا أن المشتري العداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعلق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمر بضع كزيد بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن في قوله عليه الصلاة والسلام ببيع المسلم المسلم دليل على أن يبيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاء عليا الصلاة والسلام بالدفعه على ما سئل أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجده عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انخرج بالضمائم وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرفيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبيثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسي من له عهر يقال هذا سي خبيثة اذا كان ممن يحرم سبيبه وهذا سي طيبة بوزن خبيثة ضده ومعنى الغالة ما يغتال حقه من حيلة وبإداس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء توافق تفسير أبي يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيهمارواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغالة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الرخشي الغالة الخصلة التي تغول المال أى تملكه من اباق وغيره والخبيثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلان السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة أن العقد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى التمام هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كأن لا يتضرر بالزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يحسكه ويأخذ النقصان) أى نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاجد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه وجب ضرر راعى على الآمن من غير التزام له والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بوزاله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالمه لعل ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه انفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضى بالثمن الاسمي الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه أنزل عالمه بالوصف السلامة فيه حيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشئ كما جعل عالمه بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشئ بل يتخير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحده منهما به فهذا الوجه هو الاول وجه وذكروا المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فاعلم يقابلها مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحجز بانفراده فلا يقابل به الاتبع المعروفه غير منقرده عنه وقوله بمجرد العقد احترازا عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ككل وضرب البائع الدابة

الوصف لان كل واحد من العاقلين صاحب عقل وتمييز يأبى أن يغبن أو يغبن وروى أن النبي عليه السلام اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد لا غالة ولا خبيثة وهذا تنصيص على أن العقد يقتضى السلامة في المبيع عن العيب والغالة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبيثة هو الاستحقاق وقيل الجنون (قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) لان الثمن عين يكون كذلك لوقت اقضاء اقتضاء تاما لا يجوز ان يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات الجزء فواته الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع) (قوله للتلاؤدى الى مزاوجة التبع الاصل) أقول أنت جدير بان المزاوجة في الاول وفي الثاني ترجع التبع على الاصل فاعلم تأمل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان أى قيمته وأرشد وتقرر به ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه وأخذ النقصان زواله بالاقول فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافا لجود البيع فيكون الزام على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداويه برد المبيع بدون ضرر فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع مع عيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر ولما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما وعدمه (٤) لهما وأوجب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما

في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون ضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان الضرر بنقصان المالمية وذلك بان نقصان القيمة والرجوع في معرفته عرف أهله (والابان والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب مالم يبلغ

فتعيب فان الوصف حينئذ يفرد بالاضمان ويخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان عيب عند المشتري بعيب آخر وألحق الشرع بان جنى جناية ولو قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يرد لها لان تلك الزيادة التي أتلفها حزم مبيع لانها تباع محض * (فرع) * لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابطا بعيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما لو أوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا أولا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوى على العمل وكفى جارية تركبة لا تعرف لسان الترك (قوله والابان والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (مالم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه بجري مجرى البدل من الصغير واذا كان

فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عرض غير متقوم فاني يقابله عين متقوم ولان الثمن لا يخسرو اما أن يقابل بالوصف والاصل وفيه تسوية بين التبع والاصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الاصل أو بالاصل دون الوصف وهو المرام (قوله في مجرد العقد) احتراز به عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ككلو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري وألحق الشرع بالجناية ولانه لو أمسكه وأخذ النقصان لتضرر به البائع لانه ماضى بزوال المبيع عن ملكه لا بملك الثمن ولو أمسكه ولا باخذ النقصان لتضرر به المشتري وبالرد يدفع الضرر عنه ولا تضرر البائع فصرنا به فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب في السلم لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا اذا ظهر السلم معيبا وان كان يتضرر به المشتري أو يثبت الخيار ههنا للبائع أيضا كما يثبت للمشتري ههنا قلنا المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فالما المشتري فانه ماضى المبيع أصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حصل به فيثبت له الخيار (قوله والابان والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وفي الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل أن ياكل وحده

بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وما المشتري فانه ماضى المبيع فلو ألزمتنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أثر رؤية العيب عند احدي الحالين وضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل القطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالمية) ونقصان المالمية بانقصان القيمة فالتقص بانقص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والابان والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي يعقل اذا أتى من مولاه مادون السفر من المصر الى القرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يغوث المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو أبق الخارية من الغاصب الى مولاه فليس بابان وان أبق منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو ميمنا كل وحده وبشر بوحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه ومن غيره فكذلك لا خلاف لاهل المقتصد لانه لا يمانع على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلاتفرقة بين المولى وغيره الا في الما كولات لا كل فان سرقته من مولاه ليست بعيب فاذا وجد هذه الاشياء من الصغير الما المشتري في حال صغره فهو عيب بزواله ووجدت عندهما

فاذا

أو بالعكس فذلك عيب لانه يغوث المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو أبق الخارية من

الغاصب الى مولاه فليس بابان وان أبق منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو ميمنا كل وحده وبشر بوحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه ومن غيره فكذلك لا خلاف لاهل المقتصد لانه لا يمانع على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلاتفرقة بين المولى وغيره الا في الما كولات لا كل فان سرقته من مولاه ليست بعيب فاذا وجد هذه الاشياء من الصغير الما المشتري في حال صغره فهو عيب بزواله ووجدت عندهما

فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردّه لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يردّه لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالمول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لاداء في باطنه والاباق في الصغر لطلب اللعب والسرقة لانه المبالاة وبعده الكبر لخبث في الباطن والاراد من الصغير من يعقل فالما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال

ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشتري في الصغره أن يردّه به ثم قال القدروري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أي معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردّه به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (لضعف المثانة وبعد الكبر لاداء في الباطن والاباق في الصغير لطلب اللعب والسرقة) في الصغير (لانه المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن) فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يردّه به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يردّه به او اذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعدما وجد بعده عند البائع واكتفي بلفظ المعاودة لان المعاودة

في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يردّه به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

و بشر بوحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يعقل وبعد ذلك هو عيب مادام صغيرا وكذا الاباق وبعض مشايخنا قالوا البول في حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فافوقه وأما اذا كان ابن سنة أو سنتين فليس ذلك بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان لا يامن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء وقبل وما دون الدرهم فهو فلس أو فلسين أو ما أشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره الا في المأ كولات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرق ما يؤكل لاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذا انقب البيت ولم يحتلس فهو عيب والاباق مادون السرقة عيب بالاختلاف بين المشايخ وتكاملوا في أنه هل يشترط انطروج من البلدة وهذا لان الاباق انما كان عيبا لانه لو جوفات المنافع على المولى وفي حق هذا المعنى السفر وما دونه سواء وفي نوادر بشرع عن أبي يوسف رحمه الله رجل اشترى أمته وأبنت عنده ثم جدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لو أبنت من رجل كانت عنده باجارة أو عارية أو ودعة ولو أبنت من الغاصب الى مولاهما فهذا ليس باباق وان أبنت فلم يرجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاهما وتعوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاهما ولا تعوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفي الفوائد الظهيرية وههنا مسألة عجيبه وهي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له أن يردّه وان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب فلورجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد ما أعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة في الكتب ثم قال رضي الله عنه كان والدي رحمه الله يقول ينبغي أن يسترده استدلالا بسنتين احدهما أن الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجوع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذلك فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له أن يردّه فان تعيب عنده بعيب آخر رجوع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع أن يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له أن يسترد والا فله ذلك والبلوغ ههنا لا بالمداواة فكأن له أن يسترده (قوله حتى يعاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري في حينئذ يكون عيبا) وحاصل الكلام

(والجنون في الصغري عيب أبدا) ومعناه اذا جن في الصغري في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر برده
لانه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاود يد فيما اذا ابتدأ غير فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ
يوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والافلام معاودة وقوله ليس بعيب أي لا رده وقوله والمراد من الصغري الى
آخرة تقييد للصغري الذي ذكر أنه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغيرا
يعقل وأما الصغري الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح
السرقه والبول في الفراش قبل أن ياكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك
عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في المال عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستحب وحده
واذا قدر بها حذو ما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم
قدروا الذي ياكل وحده الى آخرة بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي
القوائد الظهريته هنا مسألة بحجية هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو
تعب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد
النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا راية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي أن يسترد استدل بالبعثاتين
احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان
فاذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد بالنقصان لزوال ذلك العيب فكذا في ما نحن فيه والثانية
اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ
بالمداواة لا يسترد والاسترد بالبلوغ هنا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى فاضل بن اشترى جارية
وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع اعطاه على وجه السلم عن العيب
كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا فبعضه فمعه عنده وكان يحجم عند البائع قال الامام أبو بكر
محمد بن الفضل المسئلة بحفوفة عن أصحابنا أنه ان حم في الوقت الذي كان يحجم فيه عند البائع كان له أن يردّه
وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فنزعت عند المشتري وقد كانت تنزع عند البائع قال له أن يرد لان سبب النزاع
واحد وهو تسفل الأرض وتزب الماء الا أن يجي ماء غالب أو كُن المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزاع
غير ذلك أو يشبهه فلا يدرى انه عينه أو غيره قال القاضي الامام يشكل على الزيادة اشترى جارية بيضاء
احدى العينين ولا يعلم ذلك فأنجل البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية
بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجل فلم يجعله عيبا عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني
عين الاول الذي رضى به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا رد ثم
قال القاضي الامام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلا اذا اجمعتنا فاورثه
في هذه المسئلة فساله فقلت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا القضاة بخلافه فلو جن في الصغري
يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغري أو في الكبر برده لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغري
والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظنا أبدا المذكور في لغتنا متحد وليس معناه
انه لا يشترط المعاودة (الجنون في يد المشتري) كذا ذهب اليه طائفة من المشايخ فثبتوا حق الرد بمجرد وجود

قال (والجنون في الصغري عيب أبدا) معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الباطن واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره رده به وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري بشرط كمال اليه شمس الأئمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المتقي بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في حاليق عينه

أن هذه الاشياء لو كانت قائمة به لكان الصغري عاوده في يد المشتري في حال الصغري كان له الرد وكذلك لو كانت
في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد
البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع (قوله والجنون في الصغري عيب أبدا) أي سواء عاوده في
يد المشتري وهو صغير أو بالغ وفي الذخيرة واختلاف المشايخ في فصل الجنون أن معاودة الجنون في يد المشتري
هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجوده عند البائع برده واليس مال شمس الأئمة

لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من أثره شيء والاصل في العقد الزوم (٧) فلا يثبت ولاية الردالة بالعادة وهو المذكور

في الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والجريعب في الجارية) الدفر راحة مؤذبة تجي من الابطوالدفر بالذال المحجمة شدة الراحة طيبة كانت أو كرهية ومنه مسك أذفر وابط دفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والخبرين راحة الغم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستغراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا ولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستغراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعبر رتا أمه وليس بمغفلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا أن يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا ولد الزنا) فقلت المبيع ولد الزنا فقلت المضاف والمضاف اليه (قوله والثاني بطلب الولد) أقول خص الثاني بالخلال طلب الولد مع أن الاول يخل به أيضا

لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما نزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والخبر والدفر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستغراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا ولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود

الجنون عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته (أي ازالته سببه) وان كان قلما نزول) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداءة فلم يعاودوا كونه البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا بد من تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاستيعابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا باسطروا من المشتري باق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد بقي عند المشتري أو جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لان من البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلدنا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تسكروا في مقدار الجنون فيسأل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وإيلة فهو عيب ويؤى وإيلة فسادونه ليس بعيب ويسأل المطبق عيب وما ليس يطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فاز سرقة بالاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقة البائع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وابق مادون السرقة عيب بالاخلال واختلغوا في انه هل يشترط خر وجه من البلد فيسأل شرط فلو ابقى من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر باق وكذا على العكس ولو ابقى من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابقى منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أولا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليس عيبا في الغلام والخبر والدفر والزنا ولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستغراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان الخبر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي تناو قاضيه ان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا أن يتعش فيكون عيبا فسادونه وقيل اذا كان العبد أمرد يكون الخبر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والدفر نزع رجب الا بط يقال رجل أذفر وامرأة دفر او من السب يقال بادفار معدول بن دافرة ويقال شمت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهمله وأما بفتح الدال فبفتح الفاء لا غير وهو وحده من طبيب أو نوزر بما يخص به العيب فقيل مسك أذفر ذكره في الجهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب دفره وأقبل بخرد قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المحجمة والخبر بالجيم عيب وهو ان تفاخ تحت السرقة ومنه سمى بعض الناس أبحر وفي الصحابة غالب بن أبحر أو قبله وسمى به فرس لعنزة وكذا الأذرو وهو عظم الحميتين والأذن عيب وهو

الخلوات وشيخ الاسلام رحمه الله وهو رواية المتقو وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتسكام المشايخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان أكثر من يوم وإيلة فهو عيب أو ما يوم وإيلة فسادونه فليس بعيب وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والخبر نزع راحة الغم والدفر راحة مؤذبة هي من الابط كذا في المبسوط ذكر في المغرب الدفر مصدر اذا غشيت راحته وبالسكون النزع وأما الدفر بالذال المحجمة فبالفتح لا غير وهو وحده لراحة أينما كانت ومنه مسك أذفر وابط دفر وهو مراد

لاختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعبر رتا أمه) أقول وتأتي النفس من الاستيلاء من يعبر بسراية ذلك الى واده

اتباعهن وهو مخجل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن محبة والنفر عن العيبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولا يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتى اليمين والظهار عند بعض فخل بالربة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في رد الفان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما برده عندنا لان زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرد به (٨) لانه فأت شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون

في الجار يتوهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستفراش الا ان يكون الزنا عاده له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن محبة مولاه لا يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلا يشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد به لان زوال العيب وعند الشافعي يرد به لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قالوا) كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لان ارتجاع الدم واستمراره علامة الداء

من يسيل الماء من مخزبه والجرح الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها وجهه كون الجارية ولدنا عيبا يانه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولدا غير الولد يانه وقوله (الا ان يكون الزنا عاده) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لان اتباعهن يخل بالخدمة) اذ كما هو وجه الحاجة اتبع هو اذ قال قاضي خاتن لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود وضعفها في نفسه انتهت بل وفي عرضة وربما تأذى به عرض سببه ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجلب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضي خاتن وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا (قوله) والكفر عيب فيهما أي في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يامن على الخدمة في الامور الدينية كتحذام الماء وضوء وحل المحض اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتناقه عن كفارة قتل خطا فقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد به لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه ان كان دينيا متأخرا لم يبعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بان اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع ولم يعدمه حق باعه فله رده الآن يقال بعد العتق قد يضره في نقصان ولائته وميراثه (قوله) واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الالباس فان الانقطاع ليس عيبا حيث تنفذ في العيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد ان يرد عيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغي أن يدعى باحد السببين من الحبلى أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونها لا يعد عيبا والمرجع في الحبلى الى قول النساء وفي الداء قول الأطباء ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأ أو واحد دعوى كذا في الحبلى وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول الفقهاء في قولهم والجرح والكفر عيب في الجارية يتوهو كذا في الرواية (قوله) ولو اشتراه على انه كافر فوجده

العلاج والجواب ان هذا أمر راجع الى الهبابة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيها روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيها روى عن محمد أو ستين فيها روى عن أبي حنيفة وروى في وجهها الله انها لم تحض لحبل بم أولاده كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبلى قول النساء ويكتفى بقول امرأ أو واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقدنا بان تكون الدعوة بعد المدة المذكورة اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان تكون دعواه مشبهة على انضمام الحبلى الى انقطاع الحيض أو على انضمام الداء

اليه لان الارتجاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتجاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله) ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل (أقول الاولى ان يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله) ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله) وبان تكون دعواه مشبهة (أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله) لان الارتجاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعليل الذي ذكره بقوله لان ارتجاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله) وكذا اذا بلغت المدة المذكورة (قوله) التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل يخل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

ويعتبر

و يعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول
الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح

طيب عدل ولا يشترط العدد وانظمة الشهادة وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير
وهو أو جبه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي القصة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا لخاص كالاطباء
والخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي
قناوى فاضيل ان أخذ به بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضى هل حدث
عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا يثبت استخلف كما سنبذكر (و يعتبر في
الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة
ويعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الامة) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول
البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحتز بقوله في الصحيح عماروى عن
أبي يوسف انهم اترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعيا عن محمد اذا كانت الخصومة قبل
القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بهن الا بوثبوه ونكول البائع ثم
ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيز فالتقاضى يسأله عن مدة
الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة
بثلاثة أشهر وعن محمد باربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بستين ومادون المديدة قصيرة فان كان
القاضى مجتهد أخذ بما أدى اليه اجتهد والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستين واذا سمع الدعوى
يسأل البائع أى كذا كرم المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالناس المشتري وان قال هى كذلك للعمال وما
كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للعمال وان طلب المشتري عين البائع
يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهودا لا تقبل شهادتهم على الانقطاع
وتقبل على الاستعاضة لانها يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى يعد عيبا وان أنكر البائع
الانقطاع في الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعند محمد ما يستخلف وهذا ينبوع تقريرا الكتاب وانما
يوافق تقريرا بالهداية ما نقله صاحب النهاية بعدما ذكره هذا ما ذكره قناوى فاضيل ان اشتري جارية فقبضها
فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضى الامام ارتفع الحيز عيب وادناه شهر واحد اذا
ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يردّه اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كالتري لا يشترط ثلاثة
أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء تمتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول
زفر ستين وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد باربعة أشهر وعشر وفي رواية
عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الغنوي والرواية هناك ليست وارودة هنالان الحكم هناك يستدعي ذلك
الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحصة لاحتمال الحمل فيكون ساقياما ومزور غير مقدرة أو حنيفة وزفر
هناك بستين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضى الطهر انقضى فجاز وطؤها وهو أقبس وقدره محمد أو حنيفة في
رواية باربعة أشهر وعشر لانهم اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها وان فيها يظهر الحمل غالبو كانت حاملا
وقدره أبو يوسف ثلاثة أشهر لانها جعالت عدة التي لا تحيض والحكمة هنا ليس الا كون الامتداد عيبا لا يوجب
اناطته بستين أو غيرهما من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا له وذلك لا يتوقف على

مسامحة لا يردّه وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله أن يردّه لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط
غرض فربما قصد أن يستخدمه في المقرات من الامور ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله فاذا فات
عليه مقصوده تمكن من رده وأصحابنا قالوا الكفر عيب فذكر في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على
وجه التبري من عيب فساكنه اشتراه على أنه معيب فاذا هو ساي (قوله فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل
القبض وبعده هو الصحيح) وعن محمد وجه الله ترد قبل القبض بلا عين البائع لان البيع قبل القبض ضميم

أو انه والمعاودة على وجهه
لايدوم فاذا جاوزت أقصى
العدد وهو سبع عشرة
سنة ولم تحض أو حاضت
ولم ينقطع كان ذلك لدا في
بطانها والداء عيب ويعرف
ذلك أى الارتفاع والاستمرار
بقول الامة فان أنكر البائع
ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا
يقبل فيه قول الامة وحدها
فيستخلف البائع فان نكل
ترد عليه بنكوله سواء كان
قبل القبض أو بعده في
ظاهر الرواية وهو الصحيح
لان شهادة النساء فيما
لا يطلع عليه الرجال مقبولة
في توجه الخصومة فقط
وعن أبي يوسف انهم اترد
قبل القبض بقول الامة
وبشهادة النساء لان العقد
قبل القبض لم يتأ كد فجاز
أن يفسخ بشهادتهن
قال المصنف (وهو الصحيح)
أقول قال ابن الهمام احتز
بقوله هو الصحيح عماروى
عن أبي يوسف انهم اترد قبل
القبض بقولها مع شهادة
القابلة وعن محمد اذا كانت
الخصومة قبل القبض
ينفسخ بقول النساء انتهى
وله كلام متعلق به بعد حنيفة

مضى مدة معينة مما ذكر وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين أنه عن حبل أو داء
في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض
فقيه النفس قاضيان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحد هما بل اذا ادعى الانقطاع في أو أنه قد ادعى
العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أو أنه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو
عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يقول عليه والافعلما
يظهر للعيب داء بمعدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طوره اشهرين وثلاثة صحبة لا يظهر به اداء وهذا هو
ظاهر الهداية التي الى قوله ويعرف ذلك بقول الامه وكذا قال الامام العنابي وغيره انما يعرف ذلك عند
المنازعة بقول الامه لانه لا يقف على ذلك غيرهما فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء والحبل في دعوى عيب
الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليه على البائع بل يرجع الى قول الاطباء أو النساء فظهر
ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الخيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى
قول الاطباء أو النساء ليس تقرر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطوهم وكذا
ما ذكره من جعل هذه وزان المشتراة بكرة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرة
وقال البائع بكرة في الحال فان القاضي يرمي بالنساء فان كان هي بكرة لم يمس المشتري من غير عين البائع لان
شهادته من تأيد بمؤدوه وان الأصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيجانب البائع
اعتدلتها بحكم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف أنها بكرة غير موافق لان العيب هنا
يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضي بالانكسار على ما في الكتاب والعنابي
وغيرهما في البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى استعمال الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها
ما ريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول
أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف
ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليه انما يصحح اذا يعرف ذلك الامن
النساء وقول النساء هنا انما منقطع الخيض غير معتبر وقد ذكرنا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا
لا تقبل اذا بطاع عليه وترتب الخصومة على ما في الهداية وقاضيان والعنابي وهو ما صححناه ان يدعى الانقطاع
في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عند اعترافه بالانقطاع في
الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت
عليه وهذا قول المصنف ترد اذا انضم اليه نكل البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال
فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض أن لا تقبل عليه بيعة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه
من أنه اذا أنكر الانقطاع في الحال لا يتحلف عند أبي حنيفة ويتحلف عندهما ويجب كون الاستخلاف
على العلم بانه ما يعلم انها منقطة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما
يحلف كذلك الا وهو بار ومن أن له العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على
ما ذكره في صورة الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا
وهذا تعدد العيوب عدة الجارية عن طلاق جعي عيب لاص بائن والنكاح عيب فبها وكثرة الخيلان وجرة
الشعر اذا غشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط في غير أو أنه دليل الداء في أو أنه دليل السكر والعشا
أن لا يبصر ليل أو السن الساقطة ضرر أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا
يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل بهما معافانه زيادة حسن والقشم وهو بيوضة
الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي ورم بما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح
السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر هو بياض يبدو في
حتى تلك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بالاقضاء ولا رضا وصح فسخ العدة الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري

عيب باقية سواءية أو غيرها

ثم اطلع على عيب كان عند

البائع فله أن يرجع بنقصان

العيب بان يقوم المبيع

سائما عن العيب القديم

ومعيباه فما كان بينهما من

عشر أو ثمن أو سدس أو غير

ذلك يرجع به عليه (ولا يرد

المبيع لان الرضا ضرارا

بالبائع) يخرج المبيع

من ملكه سلبا من العيب

الحادث وعوده اليه معيبا به

والاضرار تمتنع (ولا بد من

دفع الضرر عنه) أي عن

البائع ويجوز أن يعود الى

المشتري لانه أيضا يتضرر

بالمعيب لان مطلق العقد

يقضي السلامة والرجوع

طريق صالح لدفع فتعين

مدفعا الآن برضى البائع

أن يأخذ به بعيه الحادث

لانه رضى بالضرر والرضا

اسقاط لحقه كإن للمشتري

أن يرضى أن يأخذ به بعيه

القديم فان قيل أين قولكم

الوصاف لا يقبلها شيء

من الثمن أجيب بانها اذا

صارت مقصودة بالتناول

حقيقة أو حكما كان لها

حصة من الثمن وههنا

قال المصنف (ولا بد من دفع

الضرر عنه) أقول أي عن

البائع ويجوز أن يعود الى

المشتري والثاني أول عندى

فان ما يتعلق بحال البائع

ثم عند قوله فامتنع كمالا يخفى

قال (واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لان في الرضا ضرارا بالبائع لانه يخرج عن ملكه سائما لو يعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الآن برضى البائع أن يأخذ به بعيه لانه رضى بالضرر

انسان العين وحرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف جحلا

* تراهن يوم الروع كالحدا القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فالما القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمش وهو ورم في الدابة له صلابة والقدح وهو عوج جاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالآخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والساعة والقر وج وآثارها والخنس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والجمار والخنف وهو ميل كل من اجمامى الرجل الى أخرى وقال محمد بن الاعرابي الاحنف الذي يمشى على ظهور قدميه وتناصل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البسطن والشدق سمعة مقرطة في الفم والتخث قيل اذا فُش أو كان يأتي بافعال رديئة والحق وكونهم مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية يتعيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أفرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتغاعها بحيث لا تنسقى الا بالسكر وكون الجارية يمتزقة الوجسه لا يدري حسنهما من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة أو سوداء والعنار في الدواب كان كثيرا فاحشا وكذا أكل العذار والجوحر والامتناع من اللجام وكذا الحزن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجهه يبل المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة ترديه بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يغير التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا ليس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر اليه ويظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب باقية سواءية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لان الرضا ضرارا بالبائع لانه يخرج عن ملكه سائما فلو أنما به معيبا تضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الآن برضى البائع أن يأخذ به بعيه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لانه رضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم الا أن

ظاهره رواية لا قول لا لام في ذلك واعلم أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيز فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة تسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف ورحمته الله واربعة أشهر وعشر عند محمد رحمته الله وعند أبي حنيفة وزفر رحمته الله بستين فاذا عرفت المديدة فسادونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضي يجتهد يقضي بما أدى اليه اجتهاده والا يخذل بالمتيقن وهو متان فاذا ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا تسمع دعواه ما لم يدع أن ارتفع الحيز بسبب الداء أو الحبل فاذا ادعى ذلك فينبذ يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع باقراره وان قال هي كذلك لا مال وليسكن ما كانت منقطعة الحيز عندى وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب للمحال فان طلب المشتري عين البائع يحلف البائع على ذلك كالحلف في سائر العيوب فان حلف برى وان نكل زد عليه لان نكوله كإقراره فان شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيز عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان الاستحاضة دور والدم فيطلع عليه أما انقطاع الحيز على وجهه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود فقد تيقن القاضي بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان أنكر البائع انقطاع حيزه في الحال لا يستحلف على ذلك عند أبي حنيفة ورحمته الله وعندهما يستحلف لما يحجى وان شاء الله تعالى (قوله فتعين الرجوع بالنقصان) لان

كذلك كالمقال (ومن اشترى ثوبا بقطعه) ومن اشترى ثوبا بقطعه (فوجد معه عيبا راجع بالعيب لا ممتنع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال للبائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرة بتدليس العيب لانه انقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالعاصب اذا صبغ المصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لما هو في الزام الرد بالعيب الحادث اضرا للبائع لان الفعل باشره وفي عدم الردوان كان اضرا بالمشتري لكن العجز عما يشره فكان اسوأ فاعتبر ما هو وانظر لهما الا اذا قال البائع أنا أقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع (١٢) عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه

المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فخره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله أجيب بان النحر افساد لاجل العاصب وروا البعير به عرضة لالتز والفساد وهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ لانه جاز ان يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا بوضا البائع فان المشتري يصير بالمبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذلك لا يمكن رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أجر أوات السويق بسمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الاول فلا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بجميعه والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول أنا أخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا محض تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة وعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في طاهره والوايه وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالنكسب

قال (ومن اشترى ثوبا بقطعه فوجد معه عيبا راجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث) فان قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لان الرد غير ممتنع بوضا البائع فيصير هو بالمبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أجر أوات السويق بسمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب) لانه لا يمتنع الرد بسبب الزيادة لوجه الى الفسخ في الاصل بدونه الا انها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها

لان

ليست بجميعه والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا

فان قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لان الرد غير ممتنع بوضا البائع فيصير هو بالمبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أجر أوات السويق بسمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب) لانه لا يمتنع الرد بسبب الزيادة لوجه الى الفسخ في الاصل بدونه الا انها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها

لا تمنع لكن طريق ذلك
أن يفسخ العقد في الأصل
دون الزيادة ونسب الزيادة
للمشتري بجائز بخلاف الولد
والفرق بينهما أن المكسب
ليس بجميع بحال لانه تولد
من المنافع والمنافع غير
الاعيان ولهذا كانت منافع
الحرمالاوان لم يكن الحرمالا
والولد متولد من المبيع
فيكون له حكم المبيع فلا
يجوز أن تسلم له بجائز ما فيه
من الربا فان باع المشتري
الثوب المخيط أو الثوب
المصبوغ بالجرأة أو السويق
المتنوب باليمن بعد ما رأى
العيب رجوع بالنقصان
لان الرد كان متمتعاً قبل
المبيع فلا يكون المشتري
بالمبيع حاسباً للمبيع ولو
كان المبيع قبل الخياطة
كان حاسباً والأصل في ذلك
ان كل موضع يكون المبيع
فائزاً فيه على ملك المشتري
ويمكنه الرد برضا البائع فان
أخرجه عن ملكه لا يرجع
بنقصان العيب وكل موضع
يكون المبيع قائماً فيه على
ملك المشتري وهكته الرد
وان رضى به البائع فان
أخرجه عن ملكه رجوع
بنقصان العيب (وعن هذا)
أي عما قلنا ان المشتري متى
كان حاسباً للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن
حاسباً يرجع (قلنا ان من
اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد
الصغير ونحاطه ثم اطاع على
عيب لم يرجع بالنقصان)

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً (وليس للبائع أن يأخذها) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان
باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجوع بالنقصان) لان الرد ممنوع أصلاً قبله فلا يكون بالمبيع حاسباً للمبيع
وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير ونحاطه ثم اطاع على عيب لا يرجع بالنقصان
الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من المبيع فيبقى ما كان
من المبيع والثمن على ما كان فلورده على الزيادة لم يرد الباقيان الزيادة حيثئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة
بالمقابل وهو معقب الربا وشبهته ولشبهة الرابح بالباقي يجوز (فامتنع أصلاً وليس للبائع أن يأخذها) وان
رضى المشتري بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتجسس لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم
الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري رجوع
بالنقصان) لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه حاسباً له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان
ممكناً فخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حاسب وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حاسب (قلنا ان
من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير ونحاطه ثم اطاع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التمليل من الابن
فلا يقابله شيء من الثمن لانه صار مقصوداً بالمنع فيكون له حصته من الثمن وطريق معرفته أن يقوم به عيب
ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجوع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجوع
بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله برده و رد معة نقصان العيب الحادث في يده لان رد البديل عند تعذر رد
العين كرد البديل فصار راداً كل المبيع فرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بغيره فلما شق بطنه
وجد أمعاء فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق
بينهما أن النحر افساداً للمالية لانه صار بالنحر هرة للثمن والغساق ولذا لا يقطع يد السارق بسرقة بطنه
معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع (قوله لان الزيادة ليست بمبيعة) فامتنع أصلاً لان العقد لم يرد على
الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد دفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قيل يشك كل بالزيادة
المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثمة في
الزيادة ممكن لان الزيادة تباع بمحض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل أن الزيادة نوعان متصلة
ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لاسمها ومنفصلة غير متولدة كالصبيغ
والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقاً والمنفصلة نوعان متولدة كالأول والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه
لا سبيل الى فسخه مقصوداً لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعاً لانقطاع التبعية بالانفصال وغير
متولدة من المبيع كالمكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم الزيادة
للمشتري بجائز بخلاف الولد والفرق أن المكسب ليس بجميع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد
تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له بجائز ما فيه من الربا لانه يبقى في يده بلا عوض في عقد
المعاوضة والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله (قوله وليس للبائع أن يأخذها) لان امتناع الرد
لحق الشرع لازماً بالحادث وهي في معنى الربا وحرمة الربا باحق الشرع (قوله فان باعه المشتري) أي باع
المشتري الثوب المخيط أو المصبوغ أو السويق المتنوب باليمن بعد ما رأى العيب رجوع بالنقصان أيضاً لان
الرد كان متمتعاً قبل المبيع لان الزيادة الحادث في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حاسباً للمبيع والأصل
أن في كل موضع لو كان المبيع قائماً على ملكه يمكنه رد برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب
لامتناع الرد بفعله لانه بالمبيع صار ممسكاً للمبيع معنى لقيام المشتري مقامه في أهله المبيع فصار حبس
المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في يده وهو يرد أن يرجع بنقصان العيب وثمة ليس له ذلك كذا ههنا
وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رد وان رضى البائع به فاذا أخرجه عن ملكه يرجع
بنقصان العيب لان الرد كان متمتعاً قبل بيعه فلم يصر المشتري ممسكاً للمبيع يبيعه فبقى ارض العيب بحاله (قوله
وعن هذا قلنا) أي عن هذا الأصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير ونحاطه ثم

لان التملك حصل قبل
الخطا لانه لما قطعه لباسا
له كان واهبها وقابض الاجله
فتتم الهبة بنفس الايجاب
وقامت يده مقام يد الصغير
فالقطع عيب حادث
وللمشتري الرجوع
بالنقصان والبايع ان يقول
أنا أقبله كذلك لكن
باعتبار ان القطع للولد
الصغير وهو تملكه
صار حاسبا للمبيع فتمتنع
الرجوع بالعيب وهذه نظير
ما اذا باع بعد القطع قبل
الخطا وعلى هذا ذكر
الخطا في هذه المسئلة
ليس يحتاج اليه الا انه
ذكرها بمقالة الصورة
لثانية ولو كان الولد كبيرا
ارجع بنقصان العيب
لان القطع عيب حادث
فالمشتري الرجوع بالعيب
و بالخطا امتنع الرجوع
حقا للشرع بسبب الزيادة
في التملك والتسليم بعد ذلك
لا يكون حاسبا للمبيع
لامتناع الرد قبله وهذه
نظير ما اذا باع بعد الخطا
والصبيغ والالت (قال ومن
اشترى عبدا فاعقه)
اشترى عبدا فاعقه (أو
مات عنده ثم اطلع على عيب
يرجع بالنقصان أما الموت
فلان الملك ينتهي به) أي يتم
وكل ما انتهى فقد لم لا امتناع
الرد حيث وفيه اضرار
للمشتري بحال يسبق به
وهو الموت فيرجع بالنقصان
دفع الضرر فان قيل قوله
(والامتناع حكمي لا بفعله)

ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخطا وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن
اشترى عبدا فاعقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) أما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع
حكمي لا بفعله وأما الاعتناق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان
يرجع لان العتق انهاء الملك لان الاذى ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه ومقتضى الاعتنان
الصغير حصل بمجرد القطع لغرض المذكور قبل الخطا طمعه لما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حاسبا
للمبيع مع امكان الرد والخطا بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا)
والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصير مسلما اليه الا بعد الخطا فكانت الخطا على ملكه وكان
امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخطا قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرج
عن ملكه بالمبيع أو الهبة ولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظاهرية من أن الاصل في
جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون للمبيع قائما على ملك المشتري ويملكه الرد برضا البائع فأخرجه عن
ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون للمبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجه عن
ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما
ضريان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالمصنع والخطا طمعه والتمت باليمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب
بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لانه من حق الشرع
للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحافا شواه أو دقة فطبخها فلو باعها بعد ذلك يرجع
بالنقصان لانه ليس بحاسب للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة
المتصلة نامل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والنجلاء بياض العين لا تمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية
لان الزيادة تمحضت تبعاً للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة
المتولدة منه كالولد واللبن والتمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمتنع الرد بفسخ العقد لان العقد لم
يرد عليها ولا يمكن التبعية لان انفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردها جميعا وان شاء رضى
بما بجميع الثمن وأما بعد القبض فمرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائتا وثمانين ألف سقط عشر الثمن ان رده
وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالسكب وهي لا تمتنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له
السكب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمه الله وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي
فيه قول البائع انه استغل غلاي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج باليمن وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة
المتولدة في حكم السكب لا مكان الفسخ على الاصل بدون الزيادة للمشتري ونحن نفرق بين السكب الذي
تولد من المنافع وهي غير الاعيان ولذا كانت منافع الحر ملامع ان الحرا ليس بحال والعبد المكسوب بالامكان
ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلمه له بمجاناً لما فيه من شبهة ان يؤولها كمت
الزيادة باقية سمها يثبت له الرد كما فهمت لكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما قيد المصنف بقوله
أحر لتكون زيادة الاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع واتقاع المبيع في يد المشتري يمنع
الرد بأي سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع
بالنقصان) أما الموت فلان الملك ينتهي به) والشئ بانتمائه يتقرر فكذا الملك قائم والرد ممتنع وقوله اطلع على
وجده عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهباً للصغير لما اليه قبل الخطا فلم يمتنع الرد قبيل العبة
فكان حاسبا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصانه ان العيب لانه لم يصير مسلما الا بعد الخطا
فكان لم يمتنع فلم يصح ما سافر رجوع (قوله) أما الموت فلان الملك ينتهي به) لان الملك في محل الحياة باعتبارها
فينتهي بانتمائها بالمالية بعد الموت لا تحقق الملك في الاذى باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء الحياة
فانتهى الملك (قوله لان العتق) أي الاعتناق انهاء الملك أي اتسام له لان الملك في الاذى ثبت على خلاف

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكمي الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله فكانت

بدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب أجرفانه امتنع الرد بفعله و يوجب الرجوع بالعيب
 أوجب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بانه حينئذ يجب
 أن يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة
 في المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حاسبا
 حكما فكانه في يده يحبس ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الاذى ما خلق في الاصل بحلال الملك
 وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع
 (بنقصان العيب عند الانتهاء) لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حاسبا لأن ترى الولاية يثبت بالعتق والولاية
 أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالا مرا الحكمي مع بقاء المحل
 والملك فان قيل كيف يكونان كالاتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء (١٥) يحتاج اليه لتقرر الملك بمجعل مالم يكن

كانت انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير
 والاستيلاء بمنزلة لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي (وان أعنته على مال لم يرجع بشئ) لانه
 حبس بدله وحبس البدل كبس المبدل وعن أبي حنيفة قرجه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بهوض
 عيب وذلك مو جب للرجوع اذا امتنع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكمك لشي
 فلا وهنا ثبت حكمك للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبغ الثوب أجز واخواته فانه
 يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأوجب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت
 في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الزوال باقيل فكان ينبغي للمصنف أن يزيد في قوله لا بفعله الذي لا يوجب زيادة
 (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول
 الشافعي وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الاذى ما خلق في الاصل للملك وانما يثبت الملك فيه) عن سيبه
 (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء
 (لان الشيء بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاء بمنزلة) أي بمنزلة الاعتاق وان لم
 يز بالملك كما يز يله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع
 بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالامر الحكمي) أي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل
 (فان أعنته على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشئ) وكذلك كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البدل
 كبس المبدل وعن أبي حنيفة قرجه الله عنه انه (أي المعتق على مال) (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف
 وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعنى الرق وبهذا يثبت به
 الولاية في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طردوا ولو جه مائة قدم من كونه حاسبا له
 الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضى مدته والمنتهي مقتر في نفسه وله ذاب يثبت الولاية بالعتق والولاية
 أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك والتدبير والاستيلاء كالعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل
 بهما يخرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو

الامضون بالقوله صلى الله عليه وسلم انيس في الاسلام دم مخرج أي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار
 كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشرى يكن اذا كان عسرا فقد
 تخلف عن الضمان فلم يصربه مستقضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعما فأكاله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا
 وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بثرائه ويعتاد فعله فيه فاشبهه الاعتاق ولا يوجب حنيفة قرجه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من

سبب ما مستقلا لعدم الرجوع فهو منوع وان أراد دلالاته على سببية في الجلة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا برد النقص والرد الذي أوردته
 على جوابه ولك أن تقول الباء فيه لاملازمة ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خبير بانه لو أراد رد النقص على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر
 اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خبير بان عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الحل على هذا المعنى (قوله
 فصار حاسبا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانتهاء يحتاج الى الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاتاق
 ولا يجري فهم ما وجبه الاستحسان فيقيان على القياس فتأمل

المشتري في المبيع كما اذا باع
أو قتل وذلك لان الاكل
واللبس موجب للامانة
في ملك الغير وباعتبار
ملكه استغداد المرأة فذلك
بمثلة عوض سلمه والجواب
عن قولهما انه لا معتبر بكونه
مقصودا لان المبيع مما

يقصد بالشراء ثم هو يمنع
الرجوع بالاتفاق وان أكل
بعضه ثم علم بالعيب فكذا
الجواب عند أبي حنيفة لان
الطعام كشيء واحد فصار
كبيع البعض وعن أبي
يوسف ومحمد وجهما الله
روايتان في رواية يرجع
بنقصان العيب في السكك
لان الطعام في حكم شيء واحد
فلا يرد بعضه بالعيب وأكل
السكك عندهما لا يمنع
الرجوع بالعيب فأكمل
البعض أولى وفي رواية يرد
ما بقي لانه لا يضره التبعض
فهو قادر على الرد في البعض
كما قبضه و يرجع بنقصان
العيب فبأكل كله وفي بيع
البعض عنهما روايتان في
اجداهما لا يرجع بشئ
كما هو قول أبي حنيفة وهو
المذكور ههنا لان الطعام
شيء واحد فيبيع البعض
فيه كبيع السكك وفي
الآخرى يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعض ولكن لا يرجع
بنقصان العيب فمما باع
اعتبار البعض بالسكك

حكماء فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كالموت تعيب عند المشتري (قوله فان قتل المشتري العبد أو كان طعنا فكله الخ) والاصل أن امتناع الردان كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشئ لانه متى كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكا أباه وإذا امتنع الردان بفعل منه فان هلك أو بفعل غير مضمون منه يرجع لانه لا يتصور أن يكون ممسكاً بالقتل فعلم مضمون اذلو بأشرفه في ملك الغير يضمن وانما استبعاد البراءة عن الضمان هنا لما حكمه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتبارا عن الملك وله ذبايم ويجب عليه الكفارة ان كان خطأ ويضمن ان كان مديونا وانما لم يضمن اذ لم يكن مديونا لعدم الفائدة لاستحالة الرجوع له عليه فصار الضمان كالسالم له معنى هذا الاعتبار بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن أحد الشرر يكن وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا لانه اذا كان معسر لم يضمن وهذا لان الاعتاق تصرف شرعي واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل لانه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستعد بالاعتاق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حاسبا للمبيع فيرجع بالنقصان ويؤيده ما ذكرنا أن العتق ليس مضمون (مسألة) ذكره في شرح الطحاوي رحمه الله وهي أن المشتري العبد ولو كل

يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله
لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعندهما أنه يرد ما بقي

يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول أبي حنيفة استخسانا مع ما خبره جوابه عن دليهما
يفيد تخالفه في كون الفتوى على قولهما أو ورد عليه القطع والخياطة فأنهما وجبان للضمان في ملك الغير
مع أنه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فإنه امتنع
لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة لأن زيادة ما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مع ما عا كان له
ذلك بخلافه من غير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عنده)
يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لأن الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤية بعضه
سكروية كنهه بسقط الخيار (فصار كبيع باع بعضه) ثم اطاع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع عن غير
قول زر فإنه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي إلا أن رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعندهما
رواية ثان روايتها أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره
التبعض فكان قادر على الرد كما أخذ ويرجع بالنقصان فيما أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدروري
في كتاب التبريد وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل إلا أن رضي
البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وإن الثاني قول محمد قال وكان الغيبة أبو جعفر يعني بقول محمد وهو
اختيار الغيبة أبي الليث وفي شرح المجمع قال أبو يوسف يرد ما بقي إن رضي البائع أن يستحق الرد في الكل
دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعض لا يضره وفيما لو باع
البعض عنهما وإيتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فيبيع البعض
كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن
جمع البخاري أي كل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يقتضى ولو أطمعه ابنه الكبير أو الصغير أو
امراً أنه أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء ولو أطمعه عبده أو مديرة أو أم ولد يرجع لأن ملكه باق ولو اشترى
دقيقاً فخبز بعضه وظهر أنه مررد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان من أضافه كله ثم أقر البائع
أنه كان وقعت فيه فارة يرجع بالنقصان عندهما وبه يقتضى في الكفاية كل تعرف بسقط خيار العيب

وكذا لا يقبضه قبل نقد الثمن فقبضه الوكيل بغير إذن البائع فأتى في يده كان البائع أن يضمن الوكيل القيمة
ويحسبها بالثمن ولو كان وكيله بالاهتمام فاعتقه الوكيل جازعتقه ويصير قابضاً وليس للبائع أن يضمن
الوكيل القيمة وله أن يطالب المشتري بالثمن فثبت أن المعتق غير مضمون وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله
الأكل واللبس فعل مضمون عليه وإنما استغاد البراءة باعتباره ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له فإن
قبل هذا يشكل بالقطع والخياطة فأنهما فاعلان مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان قلنا إنما يرجع
لامتناع الرد بكم شرعي ولا كذلك ههنا فإن الرد امتنع بفعل مضمون (قوله وإن أكل بعض الطعام) إلى
قوله فصار كبيع البعض إذا باع بعضه ثم جسد به عياله لا يرجع بالنقصان لافي المزال ولا في الباقي عندنا لأن
امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعند زر رحمه الله يرجع بنقصان الباقي اعتباراً ببعضه بالكل
وإن أكل بعضه ثم علم بالعيب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقي لأن
الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كإلوا باع البعض وعندهما أنه يرجع
بنقصان العيب في الكل لأن الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع
بنقصان العيب فأكل البعض أولى وعندهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه
ويرجع بنقصان العيب فيما أكل وبعد بيع البعض عنه ما روايتان في إحدى الروايتين لا يرجع شيء
كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام في حكم شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية

قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا و بطيخا (أو قثنا أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره) غير عالم بغيبه (فوجد السكل فاسدا) بان كان منتفئا أو مراً أو خاليا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلاف الدواب ولم تناول منه شيئا بعد مذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لانه تبين بالكسره انه ليس بمال اذا لمال ما ينتفع به اما في الحال واما في المسائل والمذكور راس كس ذلك وتغطف من القثود باضدادها فانه اذا كسره عالم بغيبه صار واضيا واذا صلح (١٨) لكل بعض الناس أو الدواب أو وجدته قليل اللب كان من العيوب لامن الفساد

لانه لا يضره التبعض (قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثنا أو خيارا أو جوزا فكسره فوجد فاسدا فان لم ينتفع به يرجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليت به باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد) لان الكسره عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرد

ذا وجدته في ملكه بعد العلم بالغيب فلا رد ولا أرش لانه كالرضايه (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثنا أو خيارا أو جوزا) أو قثرا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالغيب (فوجد فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (يرجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالم بالغيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بان كان في موضع يعرف فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادق بحمله (لان مالية الجوز) قبل الكسره ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساد) بان ياكله الغنم أو يصلح لعلاف يرجع بحصة العيب لان الكسره عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان) الا ان تناول شيئا منه بعد المذمة فلا يرجع بشئ ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجدته كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد مذاقه فلا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيضا نعاما فوجدتها مزره ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسره باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيضا نعاما فوجدتها بالكسره مزره ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسره باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد لتعيينه بالكسره الحاث لكنه

الآخرى رد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع باعتبار اللب بعض بالسكل كذا في المبسوط (قوله فان لم ينتفع به يرجع بالثمن كله) أي ان لم ينتفع به أصلا بحيث لا يصلح لكل الناس ولا للعلاف قال الامام الحلواني رحمه الله هذا اذا ذاقه فوجدته كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد مذاقه لا يرجع عليه بشئ وما لا ينتفع به أصلا كالقرع اذا وجدته مرا أو البيضا اذا كانت مزره (قوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) على ما قيل اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع يعرف فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجدته خاويا اختلف المشايخ في رجوعه فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صادق بحمله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسره باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين أن البيع وقع باطلا واليه مال شمس الاثنا السرخسي رحمه الله وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صحت البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يتخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتبار ما لا يتخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائتين كان الفاسد كثيرا وهو أن يكون في المائة أكثر من ثلاثة لا يصح في السكل ويرجع بكل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله لجمعه في العقد بين ما له قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حو وعبد في البيع وعنددهما يصح العقد

يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله يرد لان الكسره وان كان عيبا احادنا لان

ولقائل أن يقول المعلق يستغيد بالاعتناق الولاء فلم يجمع مستضيحا قوله وان تناول منه شيئا بعد مذاقه صار واضيا (الح) أقول فيه بحث فاه اذا لم يكن ما لا كان بيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كالو رضى بشرائه الميتة والدم حيث لا يبيعه الله الرضا ع رضى فالتقيد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل كالا يخفى على المتأمل

به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا بشرعا بالقضاء) فانه عدم انكاره العيب هذا بعد تسليم أن انكاره ظاهر في الصدق والافيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثير من الناس يفعلونه فصار ظاهرا يعارض ظاهرا الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الدلالة لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه برغمه وهي الدافعة لخصومة البائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرد لان المعنى له أن يتخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد ما باعه بطريق الوكيل كالة عليه عيب بالقضاء بالبينة أو باباء يمين أو باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رد على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهذا البيع واحد فاذا ارتفع رجوع الى الموكل من غير تكافؤ زيادة وقيدته نفي الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة وباباء اليمين ولا يرد المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الاصر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والغرض انه لا يحدث مثله أنه اذا اشتبه على القاضي ان هذا عيب قديم أو لا وعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرهما من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه أما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رد على الموكل بلا زيادة خصوصية وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرا الوكيل بالعيب لم يلزم الاصر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه الا ترى أنه لو ادعى عيبا على عبد ما دون له في التجارة فأنكروا ونكل عن اليمين بحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز زالا في نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشئ اذا جرى مجرى الشئ لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه محكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرة فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دار في يد رجل فانكروا ونكل وقضى القاضي للمدعي بها ثم أقام المدعي عليه البينة أنه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بيئته وترد الدار عليه ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان

والبيع الاول قائم فله
الخصومة والرد بالعيب

في أمة ابنه التي لم يبعها ابنه أصلا والثالث رجل باع عبدا من انسان ثم أحال بائنه على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسحلا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذلك كرمحدره الله في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى أن من وهب مال الزكاة قبل الحول وسلمه اليه ثم جع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم جع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه ما أحسنه من المسائل أمامسألة الشفعة فلان حق الشفعة كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسألة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتباره ولا يمتد له ولا يمتد فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسألة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ

غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومنعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني والاول لا يفسخ (وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن

هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى معنى الفسخ الذى بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعنى المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرد) على بائعه هذا هو الشق الثاني من توريد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بائعه بالوجوه الثلاثة كان له أن يرد على البائع الاول خلافا لفر وان قبله بالتراضى ليس له أن يرد عليه لان الرد بالتراضى بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الاول فلا خصوصية فكذا لو اشترى الاول من المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفعة حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضى تجدد لا شفعة حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصوصية في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء ففسخ وبو الرضا يبيع جديدي في حق ثالث وان كان فسخا في حقه ما قل لما بشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث أوجب بان المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرد على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل (مسائل) احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفعة في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفعة ابطالان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبل وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولد اذ ادعاه أو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صححت كماله لم يبعها الا بانه ادعاه الاب والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الخوالة ولو كان فسخا من الاصل بطأت أوجب بيان المراد وهو أن محمد اذ كرفى مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب

الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كان لم يكن متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فممكن في هذه الدعوى دورا وتناقض من هذا الوجه ولو كان يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذى قلنا كذا في الفوائد الظهيرية (قوله غاية الامر أنه أنكر قيام العيب) هذا جواب سؤال بان يقال لما أنكر البائع الثاني العيب فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذى أنكره اذ ذلك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف لمحمد رحمه الله (قوله ومعنى القضاء بالاقرار) وانما احتج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء بل يرد عليه لاقراره بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له أن يرد على بائعه (قوله وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب بالبينة) أى المشتري اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل ولا يكون الرد على المشتري رداعلى بائعه وان كان الرد بقضاء القاضي ولم يتفرق الحال بين الوكيل والمشتري اذ ارد عليه ما باقراره مما حث يلزمهما (قوله لان البيع هناك واحد) أى في فصل الوكيل بالبيع واحد فاذا فسخ انفسخ في حق الموكل والموجود ههنا بيعان فيفسخ

(قوله غاية الامر) اشارة

الى جواب زفر عما قال اذا

يجد العيب ليس له أن يدعى

على البائع الاول ان به

عيبا لكون كلامه متناقضا

ووجهه ان غاية أمر

المشتري انكاره قيام العيب

لكنه لما صار مكذبا شرعا

بقضاء القاضي ارتفعت

المناقضة وصار كمن اشترى

شيئا وأقر أن البائع باع ملك

نفسه ثم جاء انسان واستحققه

بالبينة لا يبطل حقه في

الرجوع على البائع بالثمن

(قوله وهذا بخلاف

الوكيل) اشارة الى الجواب

عما يقال اذ ارد المبيع

بعيب على الوكيل بالبينة

كان ذلك رداعلى الموكل

وفيما نحن فيه الرد على

المشتري ليس رداعلى البائع

ووجهه أن البيع في صورة

الوكيل يبيع واحد فرد

على الوكيل رد على الموكل

وفيما نحن فيه بيعان وورد

أحدهما لا يرد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا

شرعا) أقول قال ابن الهمام

وقد يقال تكذيب الشرع

ايه باثبات العيب لا يرفع

مناقضته وكونه مؤنحذا في

حق نفسه بوجهه وهى

الدافعة لخصوصته للبائع

الاول اه وفيه بحث

برده) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهم او الاول ناسهما (وفي الجامع الصغير وان رد عليه بأقراره غير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب

على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائد الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت داره بغيرها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذ بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفع كان ناشئا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيه يستقبل لا يمتد الى ما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما يصح دعوته باعتبار ولاية كانت له في ان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيه بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ناشئة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا في الحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول ائمة نيل الرد قضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقضا لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العدة بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيد بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود اما نه افلا وذلك المسئلة نقلها في المحيط من المستق أن من اشترى دينارا بدينارهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا و رده على المشتري بغير قضاء فانه برده على باع بمثل المعنى وهو ان المبيع حينئذ يكونان معدومين لان العيب ليس بجميع بل المبيع السليم فيكون العيب ملك البائع فلا رد على المشتري برده بخلاف المبيعين في غير النقود كسائلة الهدايا فانهم موجودان في ذلك اذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا برده على باعه وأذن ما فهم من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال انما يقيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصل الرجعة والناقص والسن الشاعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري أولى قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي بيع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلنا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعليه لان الرديتين في هذا فكان فعلهما كفعلي القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا وفي مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قبل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انه ما فعلنا من ما فعله القاضي لان الحكم الاصل في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد لا يجوز فاذا نقلناه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ألا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين ليحتمل التحول الى غيره فانترقا هذا كله فيما اذا كان

وان كان الثاني فليس له أن برده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ناسهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض وأما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ودرج بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصل الرجعة أو الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء وان كان قد يتوهم أن العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فانه أن يرد على باعه لتيقن بوجوه في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات البيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعهد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود للمالك المستفاد من جهة البائع الاول ايخاصه

(قوله وان كان الثاني فليس له أن يرد) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول وهو قوله فان كان الاول فلما أن يكون باقرا

الثاني لا يفسخ الاول (قوله والاو ناسهما) أي البائع الاول (قوله وبهذا تبين) وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله كالاصل الرجعة فمما أعاننا في شأن ذلك العيب كان موجودا في يد البائع الاول كان أولى أن لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل أنه حدث عند المشتري لا عند البائع ووجه هذه الرواية أن الرد بغير قضاء القاضي اقالة تعهد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه ملك المستفاد من جهة البائع الاول ايخاصه (قوله

(قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار ما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان البين يتوجه الاجبار بالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان اقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بوجه بانه من باب علقها بتناوينا ما باردا تقدره وسقيتها ما باردا وان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغاية ان يقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علقها بتناوينا بمعنى أطعمتها فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى (٢٣) الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه مني أي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللزوم واردة للملزوم

كتابة والحق أن الاستشكل انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس باللازم (قوله) لانه أنكر وجوب دفع الثمن (الثن) تعليل لعدم الاجبار لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق أنكارا لانه وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أو ليس الا لتعين حق البائع بأزاء تعين المبيع فثبت أنكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السلم فقد أنكره لانه وجوب دفع الثمن أو لا وفي انكار العلة أنكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من جهة هي اما بينة أو بين البائع فان قبل في هذا التعليق فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد البين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة

عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكره بن حقه بدعوى العيب

الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فانه لا يشتري الاول أن يرده على البائع الاول سواء كان قبضا أو غير قبضا كماله باع المشتري الاول المشتري الثاني بشرط الخيار له أو بيعه فيه خيارا روية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يرده مع ما قايلا وت أن الفسخ بالخيار لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند اطلاع على العيب فكان هذا تصرفا في دفع و امتناع من القبض ولا ينافي الدفع عامة فقط ظهر أثره في حق الكل وهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تناهى الآن حقه في صفة السلامة قائم فاذ لم يلزم له ثبت حق الفسخ فغا من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفة تحت القبض بل بغيره وهو استدرالك حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان ياتراضى ظهر أثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الروية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لان ما يسلبان الزوم في أصل العقد فكان الفسخ مستوفيا حقه ولا ينافي استيفاء الحق ثبت على سبيل العموم وهذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين للثاني خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطالب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم الجواز أن يسكن فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر يثبت مع احدي صورتي التحليف كما ثبتت مع اقامة البينة وقبل يقدر فعل عام يدخل تحته الغاية أن عني الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بان يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه)

لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل أحدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وأمكن تصحيحه بتقدير الجبر للمذكور ثانيا ومعناه أو يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار (قوله حيث أنكر تعين حقه) وهو التسليم فان قبل ما ادعاه المشتري من العيب وهو فاسد فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة

(قوله وأجابوا بوجه بانه من باب علقها بالخ) أقول هذا الجواب للإمام ظهير الدين (قوله وبان يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أي وجه حكم فالنصف محذوف (قوله والحق ان الاستشكل انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس باللازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في التلخيص خصوص في الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه) أقول فيه حقه راجع الى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضي اسناد البين اليه ولم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وهو نافي ضمن ذلك فان الظاهر في المبيع هو السلامة

وهو فية مدعى ما يوجب دفع الثمن أو لا وان كان في الصورة منكرا (قوله ولانه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضح جواب ما قبل الموجب للعب وهو البيع مع القبض متحقق وماداعه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وتقرر بان ماداعه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا للقضاء عن النقص فانه اذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال (فان قال المشتري شهودي بالشام) اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ماداعه فقال شهودي بالشام غيب (استخلف البائع) فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرر بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرره ايضا اجاب المصنف بقوله (وليس في دفع الثمن كبر ضرر به لانه على حجة) يعني هو بسبيل من اقامة البينة عند (٢٤) حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجة بطلان

وقد قدم قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والاخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطالافا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم لجواز أن يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري من البائع فنسلك ائزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة

لان حقه في السليم لم يقبضه فاقبضه ليس مو جب ادفع الثمن عليه (و) وجوب دفع الثمن أو لا يتعين حق البائع بازاء تعين (في المشتري) (في المبيع) ولم يتعين لانه السليم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للعب قائم والمنع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وأيضاً قد ثبت ماداعه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقص ينبغي ما يمكن (فلو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فامهلني حتى أحضرهم أو آتيتك بكتاب حكمني من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (يستخلف) البائع ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبر اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجري مجرى الابطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبر اضرار بالمشتري (لانه على حجة) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ورد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا التقدير على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينقض فيه القضاء ظاهر او باطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقيد حقيقة الدعوى ههنا دعوى مال على تقدير فاق القضاء ههنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتت بينة تقبل وأما اذا قال لا بينة لي فخلف خصمه ثم أتت بينة في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسخ في قبول البينة عن أصحابنا روايتان نعم تحلف البائع في مسئلة الكتاب بخلاف ما في روضة القضاء اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصير فأخلفه ثم أتت بها لا يحلف في قوله خلافاً لابي يوسف وقوله (أما اذا نكل الزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة

القضاء عن النقص (قوله لانه على حجة) لانه لو حضر شهوده كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واستردا الثمن (قوله لانه حجة فيه) أي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول

قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والاخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطالافا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم لجواز أن يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري من البائع فنسلك ائزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة

(قوله وان كان في الصورة منكرا) أقول فيه بحث فانه مدعى صورة الأبرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوماً لكن يجب

على القاضي الخ) أقول اذا سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضي اعتباره والا فليأخذ بالقضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعاً الآن يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لان البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام (قوله قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقاً) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضاً الا ان يقال التوقيت ههنا ضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرر ههنا (قوله وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم) أقول ولك أن تجيب أيضاً بان المنفذ الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البطلان في يد المشتري دون البائع فليتنامل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طلة) أقول اذ ليس له غاية معلومة

قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بيئته ابقى عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو الابراء وان أنكر وجوده عنده وأدعى اختلاف الحالة قال القاضي لا يشتري إلا بيئته فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بيئته وطلب اليمين يستخلف أنه لم يأت بقوله عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البيئته لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يقع بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة (٢٥) أصل والعيب عارض ومعرفة

انما تكون بالجهة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيئته انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كإثبات السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخرينا فانكر المدعي عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأوجب عن الاول بان اقامة هذه البيئته من قيمة اقامة البيئته على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك

(قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) يحلف البائع حتى يقيم المشتري البيئته أنه ابقى عنده) والمراد التحليف على انه لم يأت بقوله لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يقع بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالجهة (فاذا اقامها حلف بالله لقد باعته وسلمه اليه وما ابقى عنده قط) كذا قال في الكتاب وان شاء حلقه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى أو بالله ما ابقى عندك قط

(قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (ابا قال) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الابق عند المشتري حتى يقيم البيئته أنه ابقى عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لم يثبت ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعي مسبب الرد (معرفة) أي معرفة قيام العيب (بالجهة) عند انكار وهذا في دعوى نحو الابق ما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما ما في عيب لا يتوقف الرد فيه على عود عند المشتري كولاية الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا يعرف أن معنى المسئلة أن يدعى ابا قال فيكره قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتمسك بالمشتري وان أنكر طو لب المشتري بالبيئته على أن الابق وجد عند البائع فان اقامه رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعته وسلمه وما ابقى عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البيئته استخلف البائع بالله لقد باعته وقبضه وما ابقى قط قالوا (وان شاء حلقه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى به وبالله ما ابقى) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعته وما به هذا العيب أو لقد باعته وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك حلف لقد باعته وسلمه وما به هذا العيب كان بارا في بيعه وأما بيعته وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة هذا اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيقول البائع في بيعه أي يقصد تعاق

في الحدود والقصاص والاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) أي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال بعتهني أتبعوا وانما موضع المسئلة في الابق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله كالا صبيح الزائدة أو الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا طلب المشتري لانا يتعاقب وجوده عند البائع أو باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع السكبد والطحال يرجع الى قول الاطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة أو عيبا طاع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع الى قول النساء في توجه الخصومة فلا يتأق في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشتري في الحال ولا يحتاج المشتري الى اقامة البيئته على قيامه في الحال وانما يثبت بالبيئته ما لا يعرف بالاقرية كالابق والسرقه والبول في الفرس والجنون (قوله حتى يقيم المشتري البيئته أنه ابقى عنده) أي عند المشتري (قوله والمراد التحليف أنه لم يأت بقوله) أي عند البائع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخرينا

(٤ - ففتح القدر والكفاية) - سادس) فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه يمكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعنى في السكبد وفي الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان نحبب عن هذا البحث الثاني بان في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالايقاض بل يكفي وجوده في الحال

فاذا أقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكاتب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئيه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

وقال الأئمة سم قالوا النظر للمشتري ينعدم إذا استخلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في عينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وعلى هذا فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلمه (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين في تأويله وقالوا وإنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل إلا بقى فعل الغيبة والتحليف على فعل الغيبة وإنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستخلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما أترمه وقيل

أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن المشتري لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئيه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن المشتري لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئيه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن المشتري لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئيه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن المشتري لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئيه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن المشتري لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئيه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وأبست تصح إلى من خصم ولا يصير خصم فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما بحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

البائع لا يبر في عيبيه إلا إذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم أصل الإلزام في البيع عند البيع وعند التسليم فيجوز أن لا يكون متعيبا في أحدهما في قوله يوههم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عيبيه هذه ليس بصحيح وإنما يحلف البائع على البتات والتخلف على فعل الغير وهو سرقة العبد أو أباقة وفي مثل ذلك التخلف على العلم لأنه استخلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سلميا كما التزمه ولأن التخلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علم بذلك فيجوز على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعاءه العلم بذلك وإن كان القبض فعل المودع وكلاهما يبرع العبد لو قال قبض الموكل ممن عبده بعبته بحكم الوكالة فإنه يحلف على البتات لادعاءه العلم بذلك وإن كان القبض فعلا لغيره قال القاضي الإمام طهير الدين رحمه الله أنه لا يقوى المستثنى أحدهما باع جلا من عبد من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما ورثه البائع الآخر ثم ادعى البائع عيبا فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند مجسده رحمه الله وإن كان يدعي العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان إذا باع عبدا أو غاب أحدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وإن ادعى أن له علما بذلك (قوله وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة) والفرق لا يحرى فيه رحمه الله بين البينة والتخلف في أن العاقر عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التخلف لأن التخلف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضاها سابقا لقطع الخصومة ولن يكون المشتري خصما للبائع هنا إلا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التخلف لانتفاء مو جبه وهو قطع الخصومة وأما البينة فلا يثبت كونه خصما ألا ترى أن الرجل يقيم البينة على أنه وارث فلان أو وكيل فلان فإنه يصح (قوله على الوجه الذي قدمناه) أي على البتات بانه

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وأبست تصح إلى من خصم ولا يصير خصم فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما بحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

البائع لا يبر في عيبيه إلا إذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم أصل الإلزام في البيع عند البيع وعند التسليم فيجوز أن لا يكون متعيبا في أحدهما في قوله يوههم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عيبيه هذه ليس بصحيح وإنما يحلف البائع على البتات والتخلف على فعل الغير وهو سرقة العبد أو أباقة وفي مثل ذلك التخلف على العلم لأنه استخلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سلميا كما التزمه ولأن التخلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علم بذلك فيجوز على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعاءه العلم بذلك وإن كان القبض فعل المودع وكلاهما يبرع العبد لو قال قبض الموكل ممن عبده بعبته بحكم الوكالة فإنه يحلف على البتات لادعاءه العلم بذلك وإن كان القبض فعلا لغيره قال القاضي الإمام طهير الدين رحمه الله أنه لا يقوى المستثنى أحدهما باع جلا من عبد من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما ورثه البائع الآخر ثم ادعى البائع عيبا فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند مجسده رحمه الله وإن كان يدعي العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان إذا باع عبدا أو غاب أحدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وإن ادعى أن له علما بذلك (قوله وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة) والفرق لا يحرى فيه رحمه الله بين البينة والتخلف في أن العاقر عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التخلف لأن التخلف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضاها سابقا لقطع الخصومة ولن يكون المشتري خصما للبائع هنا إلا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التخلف لانتفاء مو جبه وهو قطع الخصومة وأما البينة فلا يثبت كونه خصما ألا ترى أن الرجل يقيم البينة على أنه وارث فلان أو وكيل فلان فإنه يصح (قوله على الوجه الذي قدمناه) أي على البتات بانه

(قوله والفرق أن التخلف شرع لقطع الخصومة) أقول وكذلك البينات فإذا كان لها حكم مخصوص ههنا فلم لا يجوز أن يكون للتخلف حكم كذلك

قال رضى الله عنه اذا كانت الدعوى في اباقي الكبير يحلف ما بقى منذ باع مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الخلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا في دعوى غير صحيحة أولى وفي السكا في الاصح أنه لا يحلف لان التحليف شرع للرفع الخصوصة لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع بحدوث يدها خصوصية أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فبها تنتهي خصوصية لا تنفذ دفع وكثيرا ما يترتب خصوصيات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الخلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحة ما يستحق به الجواب فهو كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عن الحلف الى آخره واعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب باحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمه الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد عدمه مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائده الا بعده فوجب تقديمه وكذلك لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولد الجار يتوكله اولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر أن لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامهم ما يستدعي جوابا يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تحجب قبل اثبات الدين وهذا لا تحجب الا باثبات العيب غلط وانما هذه خصوصية الغرض منها رد المبيع وتلك خصوصية الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكأن له ان يجيب ههنا بانكار العيب عندهم أو اذنا كذلك له أن يجيب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كأن عليه أن يثبت دخول العيب في لوجوده بالبينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالب به برده اليه فكذلك في العيب يطالب به برد الثمن ورده فاذا تاملت لافرق والله أعلم فالوجه ما قلنا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد عين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن يمين اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباقي) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما بقى) عندي (من مبلغ مبلغ الرجال) لانه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو أن هذا الخلف ما أبق عنده قط اضر ربا به وألزمناه ما يلزمه ولولم يحلف اصلا اضر ربا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذلك في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيان هي مع ما ذكرنا ثمة أربعة أنواع الاول أن يكون عينا طاهر الا يحدث مثله أنه لامن وقت البيع الى وقت الخصومة كالا صبيع الرائحة والعمى والناقصة والسن الشاعبة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضى بالرد اذا طالب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الإبراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستخلف ماعلم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثاني أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا

لقد باعه وسلم وما أبق قط

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباقي الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لانه كوله ويتضرر به

(قوله لما بينا الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه ما مل

وما تم قبضه الصفة لا تتم قبض بعضه ولو وقع على قبض الكل اذ ذلك فالتفرق قبل قبضهما (تفرق قبل التمام) وهو لا يجوز (المأذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفرق في القبض لا يجوز (لان للقبض شبهة بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفرق في القبض كالتفرق (٣٠) في العقد) ولو قال بعث منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

فيكون تفرقه قبل التمام وتدركه وهذا لأن القبض له شبهة بالعقد فالتفرق فيه كالتفرق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يردده خاصة والأصح أنه يأخذهما أو يرددهما لأن تمام الصفة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كقبض المبيع لما يتعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يردده خاصة) خلافا لفرهو يقول فيه تفرق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة تجتنب ضم الجسد الى الرديء

(فيكون) رد أحدهما وحده (تفرق بالصيغة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفرق بالصيغة قبل تمامها بناء على أن تفرقه قبل القبض كتفرقه في نفس العقد فيما إذا قال بعثتهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبهة بالعقد) لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعني القبض مؤكدا لما أثبتته العقد حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بنكيتها ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا الزومه وحقه وهو ما قبل في تمامه وحكم المشبه بحكم المشبه به فان الصلابة للنازل وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكروها وليس تمثيلا لشيء فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه) يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة (لان الصيغة تامة في المقبوض) (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصيغة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) فسلم بقبض الكل لا تتم فيكون تفرقا قبل التمام (وصار) تمام الصيغة (كقبض المبيع لما يتعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك العيب وأخذ النقصان ليس له ذلك (ذ) اما (لو) كان (قبضهما) أعني العبدان (ثم وجد باحدهما عيبا) فان له أن (يؤخذ خاصة خلافا لفرهو يقول فيه) أي في رده وحده (تفرق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجسد الى الرديء) لترويح الرديء وفي الزامه المبيع وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما

باب خيار العيب أن الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (قوله) وهذا لان القبض له شبهة بالعقد) بوجهين أحدهما أن القبض يثبت ملك التصرف واليد كان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني أن القبض مؤكدا لما أثبتته العقد ولنا كيد شبهة بالاجاب ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بنكيتها ابن الزوج فالشهود أكدوا نصف المهر على الزوج (قوله) وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يردده خاصة) كانه جعل غير العيب تمعلا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين (قوله) وصار كقبض المعيب (لما يتعلق زوال الحبس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول) الا بقبض الكل فكذلك تمام الصيغة لما يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فلم يقبض الكل لا تتم الصيغة على أن الصفة ان تهاهت فيما قبض لم تنهه فيما لم يقبض فدار التفرق بين الجواز وعدمه فلم يميز بالثبوت (قوله) ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يردده خاصة) قيل هذا في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدان أما إذا لم يمكن كزوجهي الخلف ومصرع الباب فانه يرددهما أو يحكمهما

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) ووجه ان الصيغة تامة في حق المقبوض فيما يتعلق به لا يلزم تفرق الصيغة (والأصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصيغة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كقبض المبيع لأجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا) ان رده خاصة) وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفرق الصفة (ولا يعرى عن ضرر) العادة تجتنب ضم الجسد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض) بجماع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضها جميعا فقد تمت الصيغة والتفرق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصيغة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في

فأشبه

خيار الرؤية ان الصيغة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصيغة لوجود تمام الرضا

من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصيغة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليس فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمسك من رده المعيب قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس من لانه يستلزم التفرق قبل التمام وانه لا يجوز قبل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدان وأما إذا لم يمكن كزوجهي الخلف ومصرع الباب فانه يرددهما

أو عكسهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ولهاذا) أي ولان الصفة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضها (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد لازم فيه لأنه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا بمالك أو وزن) تفريق الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكمل والموزون وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد (٣١) أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقبل

إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدین يجوز رد المبيع خاصة لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمن البائع ووجه الاظهار انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد أو كمالا أما الاول فلا لأنه يسمى باسم واحد ككر وقنبر ونحوهما وأما الثاني فلان المالك والتقوم بهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل روية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الورد السكك أو امساك لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كفي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احسنى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما يلزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه

فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا بمالك أو وزن فوجد به عيبا رده كله) ومراده بعد القبض

ومابعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقریب قال اصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر رد المبيع في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كبا بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لا فدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالمسمى لكل واحد منهما وشرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن فرد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین اما إذا لم يكن في العادة كغنلين أو خفین أو مصرع باب فوجد باحدهما عيبا فانه ردهما أو عكسهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشئ واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوج ثوبا وقبضه ما تم وجد باحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ومن اشترى شيئا بمالك) كالحنطة والتمر (أو وزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد به عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكمل والموزون وغيرهما كالثياب والعبدین أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكمل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكمل اذا كان من

حتى قال مشايخنا اذا اشترى زوج ثوبا فوجد باحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله على ما مر) اشارة الى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب لان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله (قوله ولهذا لو استحق أحدهما) أي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفة ولو استحق أحدهما بعد قبضها ليس له أن يرد الآخر بل يلزم العقد على المشتري في الآخر ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفريق الصفة فيه قبل التمام وبهذا استدلل على أن تفريق الصفة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب أن يكون في خيار العيب كذلك وهو أن يجوز بعد القبض لا قبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفة لا تتم بقبض العيب لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختلف اذا اشترى عبدین ووجد باحدهما عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر رحمه الله كالموجود

لانه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالك سواء والاتفاق بالباقي يمكن وما لا يوجب عيبا في المالك وانتفاع لا يوجب ضرر بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم في غير المثلي والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد) أقول اختار هذا القول في فتاوى قاضين ولم يذكر غيره (قوله لان الجزء المعيب) أقول فيه بحث

لان المكيال اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد لا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكبر ونحوه وقيل
هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون
الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لانه لا يضره التبعض

جنس واحد) كالخنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق بآحاد حبات القمح
منفردة بل بجمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الانرى انه يسمى)
المتعدد منه المجمع (باسم واحد كالسكر) والسوق والصبرة فلا يمكن من رد البعض خاصة كما لا يمكن من
رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدان فانه بعد قبضهما يرد المبيع خاصة لانهم ما شئان حقيقة وتقوم
وانتفاعلا بوجوب افراد أحدهما عن الآخر عينا حاد نافية (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (اذا كان في
وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما اذا اشترى عدلي خنطة صفة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل
خاصة كما ذكره نضر الاسلام قال لان تميز المبيع من غيره بوجوب زيادة عيب في المبيع فانه اذا كان مختلطا
بالجيد يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فلوردد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين
فرد أحدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال القنية أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة
واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فانه روى الحسن عن أبي حنيفة في المجرى رجل
لو اشترى اعدا الامن ثم فوجدهما معا فانه يرد كله من جنس واحد ليس له أن يرد المبيع خاصة
لان التراد كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذلك لان التراد في رواية بشر
ابن الوليد لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حلتين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد
المبيع خاصة الا أن يكون هذا والاخر سواء فلما أن رده كله أو يتركه فقد رأيت كيف جعل التراجسا
مع أن السكك جنس الترفعي هذا يتقيد بالاطلاق أيضا في نحو الخنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما
جنسان يتفاوتان في الثمن والحين ويتقيد بالاطلاق في الاسلام ان في الاعمال يرد المبيع خاصة بان ذلك اذا
كان باقى الاعمال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعمال رتبيا
وبعضها البانية فيرد ذلك خاصة اذا كان الاعمال من جنس واحد بان يكون كاهبرنيا أو صيهاانيا أو لبانة
أو عراقة فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت لجرى بان ما ذكرنا من وجه منع رد المبيع وحده
فيها (قوله ولو استحق بعضه) أى بعض المكيال أو الموزون (فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد)
وروى عن أبي حنيفة أن له رد دفع الضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لاني

التبعض يضره والشركة
عيب فيه زائد فلم يبق الاراد
الكل أو امساكه

به عيبا بعد القبض فانه يرد خاصة فكذلك قبل القبض فهذا يخالف ما ذكرهنا (قوله لان المكيال اذا كان
من جنس واحد فهو كشئ واحد) لان المالكية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة
الواحدة ليست بتقوم حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالكية والقابلية للبيع بالاجتماع صار السكك في حق
البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكبر ونحوه فان قيل لو كان المكيال والموزون كشئ
واحد كالثوب والعبد مثلا كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا في استحقاق القبض بعد
القبض عن أبي حنيفة وجه الله وابتان والفرق على احدهما أن استحقاق البعض لا يوجب عيبا في الباقي
بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تميز المبيع عن غير المبيع بوجوب زيادة عيب ولا فرق بين
ما اذا كان السكك في وعاء واحد أو في أوعية عند البعض وقيل هذا اذا كان السكك في وعاء واحد أما اذا كان
في وعاءين فهو كعبدين حتى يرد الوعاءين المبيع دون الآخر وحكى عن الغسقية أبي جعفر وجهه انه قال
ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان السكك في وعاء واحد أما اذا كان في أوعية مختلفة ففي رد وعاء
واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يغني به ويرغم أنه روى عن أصحابنا وجهه انه وقالوا لا فرق بين
ما اذا كان في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالمبيع والاطلاق محذور عنه في الكتاب يدل عليه

(قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا ولو توهم ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستلزم تمام رضا العاقد وبلاستحقاق لا ينعقد ذلك وهذا قلنا في الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعدما افتراق بقى العقد صححنا فعمل ان تمام العقد يستلزم تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام وهذا يرشد الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء (٣٣) أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فله المشتري الخيار في رد ما بقي لان التقصيص في الثوب عيب لانه يضر في ماله والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني انه ليس بحدث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التقصيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وزنهما لكام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سببين قبل القبض في جميع الصور أعنى فيما يكال أو يوزن أو يغيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فقلوه أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في الغديين ولهذا

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن رد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لان التقصيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحافا أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو راضا) لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدين القم يبيع على وزان ما يبيع به الارب والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يضر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمة متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يعيب بالشركة فانهما ان شأنا اقتسماهما في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون تكيل عبدهما وغلامهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر به ذلك الا بالاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها (لان تمامها برضا العاقد) وقد تحقق (لارضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم عد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستلزم تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعدد وكاب (فله الخيار لان التقصيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد السك أو بقاءه شريكا ليقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد السك لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أى هذا العيب أعنى عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور رفرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تميز الجدي من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الورد السك (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحافا) ونحوه من مرض أو عرض فداها (أو كانت دابة فركبها في حاجة لنفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو راضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء (بخلاف خيار

وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي (قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب رحمه الله وقال لا يلزم ذلك لان لازم باعتبار الاستحقاق وأنه لا يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب (قوله وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق) أى أن عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فذلك كان للمشتري أن يرد (قوله لان ذلك دليل قصده الاستبقاء) أى

(٥ -) (فخ القدر والكفاية - سدس) لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذ ومرا د بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحافا أو المشتري) جرح الحارة المشتراة وكوب الدابة في حاجته عذر رضا العيب لان ذلك دليل قصده الاستبقاء لان المسد أو إزالة العيب وهي تمنع الرد لان نقضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصده الاستبقاء ودليل انشئ في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يمكن من الرد بذلك العيب وله فلا يعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الر كوب حاجته بخلاف خيار الشرط لانه لا لا اختيارا ولا اختيارا بالر كوب فلا يكون ميسقا

الشرط لان الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقطها أو ليستري لها علماً فليس برضا) أما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجذب منه ما يصعب عنها أو ليجزئه أو لا يكون العلف في عدل واحد أو ما اذا كان يجذب منه لانه عدم ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقطها أو ليستري لها علماً فليس بذلك برضا) أما الركوب للرد فلا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا في الركوب بضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما للسقي والعلف فمحمول على ما إذا لم يجذب منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا أو ليجزئه عن المشي لضعف أو كبر أو لا يكون العلف في عدل واحد أو ما اذا وجد منه بد لانه عدم الاولين أو لا يكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا لان جملته حيث ذكرنا بدون الركوب قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده أو يأخذ الثمن كله وله أن يسكه ويرجع بنصف الثمن عند أي خنيقة وقال انه يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

الشرط) اذ ركبه فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطاً للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستعمال مرة (مسقطاً) له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والذهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد دليل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الغائب اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صار هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا أقر الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصوصية بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه (لو ركبها ليسقطها أو يردها على بائعها أو يشتري لها علماً فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فهو محال انما قد تكون صعبة ففي قودها ليسقطها أو ليحمله عليها علماً فاما ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزاً عن المشي (أو لا يكون العلف في عدل واحد) فلا يشك من جملها عليها الا اذا كان ركباً وتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب برضا ذكره فاضحيان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد معها تجزئاً فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجة بنفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسووع للركوب بلا ابطال حق الرد خوفاً للمشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجرح والصعوبة والناس يختلفون في تحيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخاطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علماً غيرها كان رضا ركبها أو لو لم يركبها * (فرع) * وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على جملته عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله) ومن اشترى عبداً قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله في ملكه لان المداواة لازالة العيب وفيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامسك ودليل الرضا بالعيب (قوله) لان الخيار هناك للاختبار) يعني أن خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختيار المالك لغات فائدة خيار الشرط أما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الغائب فيندفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجاً اليه وأنه تصرف لا يحل بدون الملك فجعل دليل الرضا (قوله) وان ركبها ليردها ذكر الامام الترمذي رحمه الله وان ركبها ليردها على البائع فليس برضا سواء كان منه بد أو لا وان ركبها ليسقطها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد فهو بيعاً وان كان جرحاً أو ليجزئه عن المشي فليس برضا ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذ لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب (قوله) فلانه سبب الرد فيكون مقتضياً اليه ومقره ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف (قوله) ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به) أي لا وقت

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجد (٣٥) في يد البائع سبب القتل أو القتل

وهو لا ينافي المالية ألا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرف فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمد على كونه متعيب لان مباح البسوة الدم لا يشتري كالمسلم لانه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد ما في صورة القتل فظاهر ما في صورة القطع فلا تنال الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالجل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري باولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يقضى الى الوجوب والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناول العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله أولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كولو استحق بعض العبد فرد له وصار كما اذا غصب عبا فقتل العبد عند الغاصب بجله افرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كولو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسألة الجمل انها

فقطع عند المشتري له أن يردده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق) وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده بمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجد في يد البائع سبب القتل والقتل وان لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لانه متعيب فيرجع السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (فقطع عند المشتري فله أن يردده) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الأذى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كولو قطع يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبغاني لو قطع يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد الا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يردده ولكنه يرجع بنقصان العيب بان يقوم عيبا وجب عليه القطع وعيبا لم يجب عليه القطع ويرجع بأزاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يردده فيردده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له أن يردده ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقر ب ما يظن م حار واثبات عنه لولا مظهر من الجواب الفصل ابتداء كما ذكرنا عبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يردده أو يأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا اذا كان ماله من الاثر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الغرض ان الخلاف ثابت في الاثر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعنده ما لا يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عبدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم خلال للدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يردده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما أن الموجد عند البائع سبب القتل والقتل) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولومات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يابى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبي المرتضى يبيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتضى بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بأدميته لا بجاليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المشتري باختياره في النفس بعد الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له أن يردده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير للإمام الترمذي رحمه الله يرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الأذى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كولو قطع يده عند البائع (وقوله وعلى هذا) الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع) نحو القتل العمد والردة (وقوله وأنه لا ينافي المالية) ولهذا يجوز بيعه وينقل بالقبض الى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري (وقوله)

العبد عند الغاصب بجله افرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كولو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسألة الجمل انها

بمنعصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فسات في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجب في يد البائع والوجوب يقضى الى الوجب فيكون الوجب مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة

مادخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبسوع وينتقض باخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حاد في يده فذبح الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم حملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فانت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولغظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد في يد البائع والوجوب يقضى الى الوجب فيكون الوجب مضافا الى سبب (القطع والقتل وهو سرقة السكينة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كانه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عندا الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بنسب قيمته أو نصفها كالموت قتل عند الغاصب بجميع استناد الوجب الى سبب الوجب السكينة عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كافي الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لغوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر أن ذلك الاستحقاق فعل الاستيفاء وقيله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصير البيع ونحوه فاما اذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كذا كرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زبيدة وغير الدين فاصحان وجههما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامتة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ودت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذا ذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجد في يد البائع العلق وانما وجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يقضى اليه غالب بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يقضى الى الوجب ففوق نظير موت الزاني من الجلب بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم ير جد فصار كما لو هلك في يد الغاصب وهنا الجلب لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونفوض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية بمجموعة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمل لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موته بسبب الحمل التي كانت عند البائع ونائبها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فانت العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن ونائبها اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنسكاح ثم وطئ الزوج لا يرجع بنقصان البكره وان كان زوال البكره بسبب كان عند البائع ورأى جهالو زنى العبد عند البائع فخلد في يد المشتري فانت منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقتلته يد المشتري فسرى القطع فانت يرجع بنصف الثمن لا بكفه وان كان موته

عند تعذر رده) أما تعذر الرد في القتل فظاهر وأما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا يرد الا أن يرضى البائع (قوله مضافا الى السبب السابق) وهذا لان السبب الموجد عند البائع أو وجب استحقاق الفعل واستحقاقه أو وجب وجوده وجوده أو وجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شراء القرية والدليل على أن نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجبة وأن المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتلف أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فردده على المالك ثم قتل أو قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب (قوله وما ذكر من المسئلة ممنوعة) أي

ممنوعة فان ذلك قولهما أو أما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان معنى علة العلة وهي تمام مقام العلة في الحكم فن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فنقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلها ذلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كذا من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال

(ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عند رجوع بالنقصان كما ذكرناه آنفاً وعند أبي حنيفة لا يرد له الا برضا البائع بالبيع الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يمتثل لهم ان يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها اقطاعت بالسيد برجع بما يقابل نصف اليدوان قبل رجوع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الاثني وتلفت بالجنايتين وفي احدهما لرجوع على (٣٧) البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع

فيه على البائع فيرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطاع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك أجيب بان هذا على قول أبي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل ألا تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكمل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمكمل وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعمى يكفي شبهة ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول ليقبض القبض من الاصل لما سر آنفاً قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عند رجوع بالنقصان كما ذكرناه آنفاً وعند أبي حنيفة لا يرد له الا برضا البائع بالبيع الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يمتثل لهم ان يقبله البائع كذلك وأن لا يقبله فان لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها اقطاعت بالسيد برجع بما يقابل نصف اليدوان قبل رجوع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الاثني وتلفت بالجنايتين وفي احدهما لرجوع على (٣٧) البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع

بسبب كان عند البائع أجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحبل بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لافي يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلأن المبيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية تحق البائع فتنقطع بببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغبر من كان المبيع منه فيمنع انقطاع السراية بالمبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالمبيع حق ولو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذ لم يكن شرط البكارة فغدهما من باب عدم وصف مرغوب فيه لامن باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولوم واستيفاء ذلك لا ينافي المالمسة في المحصل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حذام مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الملوحة عند البائع (وعنده أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرد له بل يرضى البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضى البائع كذلك رده ورجع بثلاثة أرباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الاثني نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين السكتايتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقى ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن ويربعه ان أمسكه بان لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا لامع أن يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كافي الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرقت عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف الغيبة (قوله ولو تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الأخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كفي الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه أجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لان علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين أن يرد ويرجع

مسئلة الحامل ممنوعة أي على هذا الخلاف ولئن سلم فقد ذكر في المبسوط وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لاموت الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نفاير الزاني اذا جلد ولا يلزم على أبي حنيفة وجه الله الجارية المغصوبة اذا حبست ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو أن يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجب ذلك حين ردها كما لو وهبها الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبته العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية بمجموعة فانت في يد المشتري من تلك الجارية لا تموت بمجرد الحبل بل بزيادة توافد الاكلام ولم يكن عند البائع وكذلك الامة اذا زوجهما ولاها

بالباعات ثم قطع العبد في يد الأخير ترجع الباعة وهو يرجع بائع كالخاكة تجميع حائل بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كفي الاستحقاق لانه تنزلته وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كفي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الأخير لم يصرح باسحابه لم يبعه (قوله والنصف الآخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم برفقة تخميناه وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سوين (قوله لينتقض القبض من الاصل لما سر آنفاً) أقول يعني ما تقدم به تخميناه وهو قوله فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد بحله

ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب ما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبه لان) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضايه ولا يفيد على مذهبه أي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فليشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الأئمة اذا اشتراه وهو يعلم يحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا (٣٨) اذا قتل عبده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال نضر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء

لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لان سلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وليكنه أخرى مجرى الاستحقاق ونزل منزله للاحقة نفسه لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وهنالا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب وأنه صعب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراها قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن وقال

وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب) ولم يعلم (المشتري) يفيد على مذهبه لان العلم بالعيب رضايه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعددها بالكل أو بمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلانه لما لم يعلم لم يصح حابسا للمبيع مع إمكان الرد بالعيب وعلمت ان يبيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم بالاستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الأئمة) الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو باسقاط دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فليشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشئ مما لا يشبهه بنظر فيه بعضهم بان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أخرى مجرى الاستحقاق لا يخرج عنه كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العيب بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ببرأ البائع به من كل عيب فاقتر وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث وأجمع ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة ولشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصله أو نالها وهو الأصح انه يبرأ وروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلم دون ما يعلم لمار وروى ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجده جردا يديه عيبا فارادده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر أتخلف انك لم تعلم هذا العيب فقال لا فرد عليه والفرق انكتمان المعلوم وهي بكرم باعها ثم اقضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل أن من اشترى جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد وكلاهما فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا لو زنى العبد عند البائع فخلد في يد المشتري فانت منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المؤلم وموته بذلك معنى حارص وهي خرق الجلاذ أو ضعف المحلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب (قوله) وعندهما يرجع الاخير على بائعه (لانه لم يصح حابسا للمبيع حيث لم يبيع ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع (قوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (قوله في الصحيح) وفي رواية عنه لا يرجع

الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراها قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن وقال (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله نضر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى دليل ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا أساس لجوابه الاول فليتنامل (قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خبير بان منع السند مما لا يجوز أنه حد فقله ممنوع خارج عن الاتهاب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعارض مبيعا لمنعه الى منعه وبينهما فرق بقي الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتنامل ثم أقول بقي ههنا شئ آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينافي فيه لظهوره وصديق تعريه عليه وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعارض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى

كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها ولا علمه البائع أولم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أو لا موجودا كان عند العقد والبعض
أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال لا يدخل المداخيل قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو
قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب
كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية (٣٩) ما لم يره المشتري وقد حوت هذه المسئلة

بينه وبين أبي حنيفة في مجلس
أبي جعفر الدوانيقي فقال
له أبو حنيفة أرايت لو باع
جارية في المائتي منها عيب
أ كان يجب على البائع أن
يرى المشتري ذلك الموضع
منها أرايت لو أن بعض حرم
أمير المؤمنين باع عبد رأس
ذكره برص أ كان يلزمه
أن يرى المشتري ذلك
وما زال حتى أخفاه وضحك
الحليفة مما صنع به الشافعي
يقول إذا باع بشرط البراءة
من كل عيب فالبيع فاسد
وفي قول آخره البيع صحيح
والشرط باطل بناء على مذهبه
أن البراءة عن الحقوق
المجهولة لا تصح لأن في البراءة
معنى التملك ولهذا لو أرا
المدون عن دينه فرد البراءة
يصح البراءة وتلك المجهول
لا يصح ولأن البراءة اسقاط
لا تملك لأنه لا يصح تملك
العين بهذه اللفظة ويصح
البراءة بأسقطت منك ديني
ولأنه يتم بلا قبول والتمليك
لا يتم بدونه والاسقاط لا
تغضي الجهالة فيه إلى المنازعة
لأن الجهالة إنما أبطلت
التملكات لغو التسليم
الواجب بالعقد وهو لا يتصور
في الاسقاط فلا يكون مبطلا له

وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول إن في البراءة معنى
التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولأن الجهالة في الاسقاط لا تغضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه
التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

تلبس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافاً لمطاعها وأحد أقواله
قال وهذا (بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في
البراءة معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أرا من له الدين مدونه فرد المدون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق
البراءة لمفاديه من معنى التملك (وتملك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا
بيع الغرر لأنه لا بدري أن المبيع على أي صفة هو ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة
المبيع فهو كشرط عدم الملك ولأن البراءة اسقاط حتى يتم بالقبول كالطلاق والعنفان بان طلق نسوته أو
أعتق عبده ولم يدركهم ولا أهبانهم كان ورث عبداً في غير بلد أو زوجاً له صغيراً فبلغ وهي في غير بلد
ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ البراءة ويصح البراءة بلفظ الاسقاط كان يقول أسقطت عنك ديني عليك
والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لأن جهالته (لا تغضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك) فاطهر أن أثره في
صحته وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البائع باسقاط حقوقه بخلاف
التملك فإن جهالة المحل فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فإن الساقط يتلشى
فلا يحتاج إلى تسليم فظهر أن المبطل لتملك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع
قفيز من صبرة وإنما امتنع ببيع شاة من قطع للمنازعة في تعيين ما يسهل له تفاوت وأما عدم الصحة في قوله أرايت
أحدكم للجهالة من الحق كالم يبيع قوله لرجل على ألف وصرح إقلاق على شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ
من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق أحدي زوجتيه وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه وكذا العتاق
لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث هلي رضي الله عنه
حين بعته النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزاعة وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أولاد بن الوليد
فقتل منهم قتلى بعد ما عتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم إلى هلي ما لا فوداهم حتى مبلغاً البكاب
و بقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلاً اختصم إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في مواريت خدرت فقال صلى الله عليه وسلم استمأوا توأخيا الحق وليحل كل واحد منهما صاحبه
وفيه إجماع على للمسلمين لأن من حضر الموت في كافة الأعمار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى
الغفهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم إجماعهم خلاف الثابت ومنه ولد المغرور والمغرور بحرية امرأة ليتزوجها
وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهبه على إجماع العيوب وبقاءه في يدها فبرئ منه وقوله شرط

لأن حل الدم من وجهه كالأستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فاشبهه بالاستحقاق عند الجهل
به يرجع بكل الثمن ونشبهه بالعيب لارجع عنه عند العلم بشئ مما لا يبرأ من عيبه المشتري فقطعت يده أو
قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كفي سائر العيوب ونفسد أبي حنيفة رحمه الله لارجع لأن القطع

ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبده وهو لا بدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقرير

(قوله أرايت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا أكثر من سناعة إذ لا يلزم رؤية البائع والمشتري لو اشترى بعض حرم أمير
المؤمنين عبداً كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبده وهو لا بدري عددهم) أقول بان زوج أولياءه في صغره
نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

أن ذلك لما فيه من معنى التماثل فيه وهو (٤٠) لا يورث في فساد ما قلنا لا يثبت أن شخص التملك لا يملك بجهالة لا نفوت التسليم كما

و يدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يثبت يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو الزوم وكون السلامة مقتضاه أن أراد العقد المطلق سلامة أو المقتضى بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعه والزم أن لا يصح شرط البراءة من العيوب المشبهة أن ظهرت وجوازها اتفاقا وقوله (و يدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فإن الإشارة إليها هي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والارادة قوله (في قول أبي يوسف) ظاهره الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورأيت عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتصرف إلى الموجود عند العقد فقط (ولابي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يبطال البائع بحال (وذلك بالبراءة من كل عيب) لوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف إدخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يعطاه أوجب بمنع أنه اجماع بان في الشريعة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتباره أنه يقيم السبب وهو العدة مقدم مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرر غرضه ما لو كان من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا لو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا تراها عند أبي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع عيبه على العلم أنه حادث لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطن الباطن يلزم بظاهره لا يصدق إلا بحجة وعند زفر القول للمشتري لأنه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله * (فروع) * جميعها في الداراية بشرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرر بأمم العيوب لم يصرف إلى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشعبة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشعبة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخبر في تعيين العيب الذي رده إليه وجعله محمد للمشتري فبردها بما شاء ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشبهة المتبرأ منها عند البيع بل أقرأه من شجته أو عيب ولو أقرأه من كل غائله فهي السرقة والاذياق والفجور وكذا روي عن أبي يوسف ولو أقرأه من كل داء فعن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواء يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الشكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفاريق قطع الأصبع عيب والأصبع عيبان والأصابع مع السكف عيب واحد ولو قبل في الثوب عيب به يبرأ من الخروق وتدخل الخروق والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرع تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأه من كل عيب بعينه فاذا هو عور ولا يبرأ لأنه عديمها العيب بها ولو قال أنا بريء من كل عيب إلا باقة بريء من باقة ولو قال إلا باق فله الرد بالباقي ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلت دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن إقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بأبق صح إقراره ولو وجد به عيبا فاصطالحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز ولو والقول لم ينضمنا فتوى المسألة هنا لا لعدم المسألة يوم القمطر والقتل (قوله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث) وأجمعوا على أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث لأنه لما قال به اقترع على الموجود كذا في شرح الطحاوي (قوله ولا يثبت يوسف رحمه الله أن الغرض الزام العقد) فان قيل يرى من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لأنه لما قال به اقترع على الموجود

إذا باع فغير آمن صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التماثل والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التماثل أولى ووجهه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يحبس مجهول لا يعلم أي يحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناول وأبو يوسف يقول الغرض من الإبراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقتدر على التماثل الواجب بالعقد وذلك بالبراءة حسن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبائع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم بالاجماع فانه ذكر في الشبهة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه هنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله أن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعث هذا العيب على أني يرى من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لأنه لما قال به اقترع على الموجود

(باب البيع الفاسد)

دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه باور وال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لارده ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدوهم جاز وان لم يجده عيبا ولو قال اشترى منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقطة أو الأعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلمه على أن يحط كل عشرة وباخذ الاجنبي بما وراء المخطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو مخزق وقال المشتري لا أدري تخزق عند القصار وعند البائع فاصطلموا على أن يقبله المشتري وردد عليه القصار درهمما والبائع درهمما جاز وكذا لو اصطلم على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمما يترك المشتري درهمما قبل هذا غلط وتاويله أن يقبل القصار أو لا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدر في النار أو وحده المنشأ وحلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها وفي المصرة برد بقله اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد ورفعه رواية عن أبي يوسف والمصرة شاة ونحوها سدد ضررها ليجتمع لبنها ليلظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبه لبس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لغوان وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه لاقتوى كان حسنا لغرو والمشتري بالتصيرية ولو اغتر بقول البائع هي حاوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الأرض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالأرض عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالأرض ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ودها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يرد اذا العيب فيمتنع الرد

(باب البيع الفاسد)

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالدين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ماليس بمال الخمر والمدر والمعلوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والعبي المحجورين أي موقوف على اجازة المولى والاب والوصى وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المهرن والمستأجر والمزارع فلو تفاخرا الاجارة أو رد الرهن لو فاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير الرواية منصوصة في شرح الطحاوي وفي المبسوط أيضا بأنه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا قد ذكر في الذخيرة أنه اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف رحمه الله بخلافه محمد رحمه الله وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فيما ذكر اذا نص على البراءة من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار أنه يقيم السبب وهو العدم مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا لذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعهما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الأرض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوي ولو وجد المشتري بالمبيع عيبا جاءه بده بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلغا فقال البائع كان هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا فائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد رحمه الله القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ له بمحدث العيب باطن فاذا ادعى المشتري باطنا ليزيل به ظاهر المصدق

(باب البيع الفاسد)

(باب البيع الفاسد)

تأخير غير الصحيح عن الصحيح
لعله غير محتاج الى تنبيه

(باب البيع الفاسد)

المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً حتى لو تفاخرا لا ينفذون في العقار على اختلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع بركة وبما باع فلان والمشتري لا يعلم وقرف على العلم في المحاس وبيع فيه خيار المحاس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمد بن أقر الغاصب أو جحد والمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير ولتتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكره أذا رجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر يفسخ أو غيره يتم البيع وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن فإن لم يجيزا وطلب المشتري من الخا كفسخ العقد ففسخه والمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا إذا علم عند محمد وعند أبي يوسف أن علم ليس له حق الفسخ فقيس على ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بالاختلاف وفي المرتن خلاف المشايخ وليس الراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح وقيل لانه أن خلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري بمقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعنى سواء كان البسدر منه أو لا فان أجاز فلا أجر لعله وفي النوازل فلا أجاز المزارع فكل النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرشدين في كره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالبعث وأما الفاسد فمخالفة الدين ثم انه وان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ كل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في اعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع وباحد منهما او لا شك أنه يصدق على غير المشروع وباحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول أنه بباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطر بقوا الباطل لا يفيد له أصلاً فقابلوه وأعطوه حكما يبين حكمه وهو دليل تبينهما وأيضا فانه مأخوذ في مقهومه وألازم له انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع باصله فيبين ما تبين فان المشروع وباصله وغير المشروع وباصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتريا بين اعم والخاص المشروع وباصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في اعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا اوجه بعضهم الاهمية بانه يقال اللحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغوي اذا دخل بعضهم أيضا في البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية ففران الصبر فعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع والفاسد بمعنى البطالان الا في السلم أو مع المالك لكن قبل قبضه ومنها الجزع عن التسليم أو التسلم الابصر وكذا عن سقوف ومنها الغرر كضرب القائن والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفتان في صفة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كجبل الحبله تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالبينة شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر واذا لم يكن شرعا لا يبيحها اذ في قطعها حجة مجزعة عن التسليم لانها تصير ميتة بطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتباع به وهو أقل منه قبل نقدا الثمن وعدم التعتين في بيع كبيع هذا بقية حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن

واقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا أصلا ووصفا أو الفاسد هو ما لا يصح وصفه أو كل ما أوردت خلافا في ركن المبيع فهو مبطل وما أوردته في غيره قوله واقب الباب بالفاسد الخ أقول ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى اعم للباطل لا المقابل له

كالتسليم والتسليم الواجب به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحزير بطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد من له دين سماوي وانما قيدنا بقوله لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالجزرة بالذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولو اذابوا ذلك فيما بينهم جاز ذلك كره المصنف في التجنيس وان (٤٣) كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه

فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لان الميتة بطل عندنا وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخزير فاسد لوجود حقيقة وهي مبادلة المال بالمال فانه في المذکور من الجزير والخزير بطل عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمقوم لان الشرع أبطل تقومها في حق المسلمين لئلا يقولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يتحقق الى تاويل لكنه خلاف الظاهر

(قوله كالتسليم والتسليم الواجب به) أقول ضمير به واجمع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذي مات حتف أنفه فلا يراد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخزير والخزير وكذا اذا كان غير مملوك كالجزير) قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل يدل فيه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالخزير لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالخزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخزير والخزير وكذا اذا كان أحدهما غير مملوك كالجزير) هذا لفظ القدرى وقد ذكرنا اننا انما نلغظ فاسد براديه أو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه براديه المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرماً لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل كالجزير وكذا الثمن اذا كان محرماً ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أي في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلاً) يعني ليس كما فاسد فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفساد فان الأعم لا ينفي عن الاختصاص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد باجماع علماء الامصار (وكذا بالخزير) بان يجعل الميتة والخزير مثلاً وبذلك (لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد) يعني ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالخزير باطلاً وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخزير والخزير) فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أي كلام من الجزير والخزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الذمة لخلعها عندهم وهذا من المصنف بقيد انفاء المالكية عنها بالكيفية في شرعنا وهو كذلك غاية الامرات الاصطلاح على تسمية البيع بثلث هو مال في بعض الاديان فاسد وبالمال في

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد) والفساد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس (قوله هذه فصول) أي مسائل جمعها أي القدرى رحمه الله فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل يبيع الميتة والدم ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الاولى وذلك لان البناء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع الأثر أي أن البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجوداً ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميتة والدم ثمناً لان يبطل بجعلهما مبيعاً أولى وهذا اللفظ مجرى على عمومهما اذا أراد بالية الحيوان الذي مات حتف أنفه وأما اذا أراد بهما الميتة والموقوفة فلا يسرى على عمومهما فان بيع الميتة والموقوفة جائز عند أهل الكفر وان كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس أهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بان يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندهم فلا ترى أن المجوس لو ذبحوا باع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة (قوله عند أحد) أي من له دين سماوي وهذا لان صفة المالكية للشيء ينزول على كل الناس أو يتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعاً وقد ثبت صفة التقوم بدون المالكية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يبيع بها وان أبيع الانتفاع بها شرعاً لعدم تمول الناس اياه (قوله فانه مال عند البعض) أي الخزير والجزير عند البعض والجزير مال مطلقاً

ميتة عندنا (قوله وعلى هذا إلى قوله والبيع بالخزير والخزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخزير والخزير يرضى به عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه أنه ليس بمحرماً عندهم نامل فان فيه ما لا يخفى (قوله أي المذکور من الجزير والخزير مال مستقوم الخ) أقول وأنت خير بان قيد التقوم بما لا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بخلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملكا التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاسد والباطل لا يفيد ملكا التصرف وما لا يفيد ملكا التصرف لا يفيد ملكا الرقبة فالباطل لا يفيد ملكا الرقبة (ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبي أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السبر الكبير نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لأن العقد باطل والباطل غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسي وهو رواية ابن ميمونة عن محمد بن (يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حال من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضىته اشترته بعشرة ما إذا لم يسم الثمن فذهب به فملكه عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن مسلمة البلخي (الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملكا التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر في قبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حال من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدر على ما بينه ان شاء الله دين سماري باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه المالك انفاقه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني اذا جعل المبيعها (فان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المعاوضة (ففساد الفرق أن الخمر مال) في الجسلة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعدة سودا اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العدة بخلاف جعله مضمونا اذا باطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل المبيعا والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المعاوضة بطريق أولى لان كلامهما مبيع لكن لما كان كل منهما مضمونا أيضا كان كلامهما مبيعا ثبت صحة اعتبار الثمنيسة والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر مضمونا والثوب مبيعا والعكس وان كان يمكننا لكن ترجع هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط لقرب من تصحيح تصرف العدة المالكين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا للاعزاز للثوب لا للثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل باع ثوبا على رجل فمعه ثوبان فباع كل ثوبه ورجل باع حوافا كل ثوبه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى في أعطى ذمة من الذمة ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر إلى أن قال وباتعها وفي الصحيح لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فعملوا بها فباعوها فآكلوا منها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالمبيعية التي يبطل العقد بها وعليلها التي ماتت حتف أنفها أما المقتضية والموقوفة فهي وان كانت في حكم المبيعية شرعا فانما تتحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لان مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التمهين مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كاجسامهم اشراعا اما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فمقتضى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن أبي حنيفة ان بيع الاشربة المجرمة تجوز والخنزير ومنع جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المختارة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت مبيعية عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر (الباطل لا يفيد ملكا التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر في قبض) بمجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حال من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في الخلاف الكائن بينهم في أم الولد والمدر) اذا بيعا فاما عند المشتري لا يضمن ما عند أبي حنيفة ويضمن ما عندهما والمقبوض على أو أراد أن كل واحد منهما مال متقوم عند البعض أي عند أهل الذمة (قوله ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ ففهم الشيخ الامام أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله والفاسد يفيد ملكا عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففسده اتفاق الروايات على أن المشتري يملكه وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع هل يملك ذلك كره في المأذون أنه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وما إذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذنا له بالقبض كذا ذكره الامام فاضل بن رحمه الله في الجامع الصغير وعند

والفاسد يغيب الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس فغير
اذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك قالوا ذلك مجمل على ما إذا كان الثمن شيئاً يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما إذا كان شيئاً يملكه
فقبض الثمن منه يكون إذا بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك المالك لخازن المشتري وطه جارية اشتراها شراء فاسداً وجازاً أخذ الشفعة للشفعة في
الدار المشتراة بشراء فاسد ويجل أكل طعام اشتراه كذلك لأن المالك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب أن ما لم يحمل وطوها أو أكله لم يثبت
الشفعة فيما ذكرنا في الاشتغال بالوطه والأكل اعراض عن الرد في القضاء بالشفعة تعذر بالفاسد وتأكيده فلا يجوز وأعلم أن المشايخ
اختلفوا في معنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون (٤٥) إلى أنه مبني على تسليط البائع على

ذلك لا على ملك العين واستدلوا

بالمسائل المذكورة قالوا

لو ملك العين للمالك الأمور

المذكورة ولم يملكها

وذهب مشايخ بلخ إلى أن

جواز التصرف بناء على

ملك العين واستدلوا بما إذا

اشترى داراً بشراء فاسد

وقبضها فبيع بمنها دار أخرى

فالمشتري أن يأخذها

بالشفعة لنفسه ولو اشترى

جارية بشراء فاسد وقبضها

ثم ردها على البائع وجب

عليه الاستبراء ولو باع الأب

أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً

وقبضه المشتري ثم أعقبه

جارية عتقه ولو كان عتقه على

وجه التسليط لما جازلان

عتقهما أو تسليطهما على

العتق لا يجوز فعلم بهذه

الأحكام أنه ملك العين

وأجابوا عن المسائل

المذكورة بما ذكرنا قبل

وهو الأصح وإذا كان مفيداً

للملك عند اتصال القبض

به كان المبيع مضموناً في يد

المشتري فيه أي في البيع

الفاسد وفيه خلاف الشافعي

نعم والى الفاسد يغيب الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي
رحمته الله وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لانها ليست أموالاً فلا تكون محل البيع
وأما بيع الخمر والخنزير كان قبيل بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قبيل بعين فالبيع
فاسداً حتى يملك ما يقابلها وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند
أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بآهائه وترك أعزازه وفي ملكه بالعقد مقصود أعزازه وهذا

سوم الشراء هو المأخوذ للمشتري مع تسمية الثمن بلا إيجاب بيع كان يقول اذهب بمذاقاً من رصيته اشتريته
بعشرة فإذا هلك ضمن قيمته فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلا ينضم فيها ثمن فيه مع أنه وجد
ذلك أولى ولين ينصر المروي عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقبوض على سوم الشراء أن قلت أنه
عند صحة كون المسمى ثمناً كالدرهم على ما ذكرنا من قوله إن رصيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو متفق في تسمية
المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقة مانعة فيجب تفصيله وهو أنه كان البطلان لعدم ماليتها الثمن أصلاً
لا يضمن وإن كان لعدم المبيع كالمواضع على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً
(والفاسد يغيب الملك عند اتصال القبض به) إذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضموناً
عليه بالمثل إن كان مثلياً أو القيمة وكذا إذا قبضه في مجلس العقد بغيره فإنه على الصحيح وفي خبر مجلس العقد هل
يملكه سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في أن المالك التصرف أو العين ووجه
لزوم القيمة وما عليه من الإشكال وقوله (وفي) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف
الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسنبينه المصنف في فصل الأحكام

مشايخ بلخ رحمهم الله الفاسد يغيب ملك العين وعند مشايخ العراق يغيب ملك التصرف لا ملك العين ولهذا لا
يجوز للمشتري أن يطأ جارية اشتراها بشراء فاسد ولا شفعة في الدار المشتراة به ولا يحمل أكل طعام اشتراه به
وأما مشايخ بلخ رحمهم الله فقالوا إن جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الأصح بدليل أن من اشترى داراً
بشراء فاسد وقبضها فبيع بمنها دار أخرى فلا يشتري أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية
بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً
وقبضه المشتري وأعقبه جارية عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جازلان عتقهما أو تسليطهما على
العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه ملك العين وأنما لم يحمل وطه الجارية المشتراة بشراء فاسد لأن في
الاشتغال بالوطه اعراض عن الرد قال الإمام الحلواني رحمه الله يكره الوطه ولا يحرم كذا في التيممة ولم يثبت
الشفعة لأن في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره ولا يحمل أكله ما فيه من الاعراض عن الرد
(قوله إن كان قبيل بالدين كالدرهم والدنانير) فسر الدين بهما لأنهما ثمنان أبداً لهما ما خلتا في

وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعني كان البيع بهذه الأشياء باطل فكذا بيع هذه الأشياء لأنها
ليست أموالاً فلا تكون محل البيع وأما بيع الخمر والخنزير فلا يحمل ما أن يكون بالدين كالدرهم والدنانير أو بالعين فإن كان الأول فالبيع
باطل لا يغيب ملك الخمر ولا ما يقابلها وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يغيب ملك الخمر ولا يغيب ملك ما يقابلها من البطلان بالقبض ووجه الفرق بين
الصورتين أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم أي غير معزز يقابله قيمة ثلاث الشريعة أمر بآهائه وترك أعزازه وما أمر
الشرع بترك أعزازه لا يكون معزراً فلا يكون متقوماً وفي ملكه بالعقد مقصود أي يجعله مبيعاً أعزازه وهو خلاف الأمور وبها نه

(قوله فالجواب أنما لم يحمل وطوها) أقول وسيجيء في فصل أحكام بيع الفاسد منع قوم حصل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً وعدم حمل
وطه الجارية المشتراة كذلك (قوله إلا أنه غير متقوم أي غير معزز) أقول عز لازم فالظاهر أن يقول غير معزز

ما ذكره بقوله وهو ذلانه متى اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انما يجب في الذمة وانما المقصود النحر وفي جملة ذلك نحلاف المأمور به فيسقط التقويم أصلا فلا يفضى الى خلاف المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالنحر لان المشتري الثوب بغيره مبيعا انما (٤٦) يقصد تلك الثوب بوسيلة النحر وفيه اعزاز للثوب دون النحر فلم يكن ذكرها لنفسها بل

لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون النحر وكذا اذا باع النحر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالنحر لكونه مقابضة قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام

البيع الغاسد أي بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا الغلط القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله

الاصل ثمن الاشياء وقسمتها قال الله تعالى وشراءهم بمسكنة فسر الثمن بالدرهم وقال القراء الثمن ما يكون في الذمة والدرهم والدنانير لا يتعينان على أصلنا في عقود المعاوضات وانما ينعقد على مثلها دين في الذمة فجعلوا الدرهم والدنانير انما نالهذا والاعيان التي ليست من ذوات الامثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة أبدا والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي مبيعة وثمن فان قابلهما بالدرهم والدنانير فهي مبيعة وان كان في مقابلهما عين فان كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس أحدهما بان يجعل مبيعا باولى من الآخر لان المكيل والموزون يتعينان في البياعات كالعرض فجعلا كل واحد منهما مبيعا من وجهه ثمنان وجهه وان كانت المكيلات والموزونات غير معينة فان استعملت استعمال الاثان فهو ثمن نحو أن يقول اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم (قوله فاسد التقويم أصلا) أي لم يظهر حكم التقويم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان الثمن ثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما يكون حكما انما له بمقابلة تلك المال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل العقد أصلا وان كان قول بل عين ظهر حكم التقويم في حق تلك العين فصار العقد منقدا في حق العين ولم يصح تسمية النحر في نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يمكنه بحاجتنا بل بعوض وقد تعذر مقابله بذلك العوض اذا قيمة لذلك العوض فيصار الى قيمة هذا العوض ضرورة العقد الصحيح يقع مضمونا بقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا هو عنده مضمون بالقيمة لم يتحقق القبض جديد للمشتري حتى يكون الهالك عليه ويتم العقد الآن ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشر وط بينهما براضيهما وهو الثمن مقام ذلك لهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصل وهو ههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصل في وجوب القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذي يوجب العقد متى انعقد البيع ولم يظن غيره (قوله وكذا اذا باع النحر بالثوب) أي يكون البيع فاسدا لا باطلا وان كان فيه شبهة كون النحر مبيعا لدخول الباء في الثوب ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان النحر والثوب معينين فلما كان في النحر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن الالغاء والبطلان بقدر الامكان (قوله لكونه مقايضة) المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بالتساوي العوضين في العينية يقال هما قيسان أي متساويان (قوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد) وتفسير حق العتق هو استحقاق لا بدخل

لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون النحر وكذا اذا باع النحر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالنحر لكونه مقابضة قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام

ثمنها عليه على حقه فلا يصح دليل لان الجازم اربابا لاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين

اعتقها

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزيلعي أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه سيجي في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول ولتخصم أن ينزع فيه

انعدام سبب الحر في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لثباني الوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع
وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتاً في الحال لكان ما غير ثابت مطلقاً وثابتاً بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم
اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية في قلنا انه ينعدم سبب ما بعد الموت احتجنا
الى بقاء الاهلية والموت يتنافى فادعت الضرورة الى القول بانعدام التدبير سبباً في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق
المكاتب يداعلي نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق البدل لازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون
رضا المكاتب فيمتن في الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب
هو لانه كان كبيع الجور حينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء
وبقاء لعدم محلبة البيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية وبيع هو باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقة تفاوت الفرق بينهما وبين ولها جاز
بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاءه وإذا (٤٧) كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء

لكونهم محلالة في الجلالة انهم
خرجوا منه لتعلق حقهم
بقن حصته من الثمن
والبيع بالحصه بقاء جاز
بخلاف الحر فانه لم يدخل
لعدم المحلبة لزم البيع
بالحصه ابتداء وانه باطل
على ما يجي وقال (ولورضى
المكاتب بالبيع فقبضه
روايتان والاطهر الجواز
الح) لان عدمه كان لحقه
فلما أسقط حقه برضاه
انفسخت الكتابة وجاز
البيع وروى في النوادر انه
لا يجوز والمراد من المدبر هو
المطلق دون المقيد بالتفدير
المراد في التدبير وفي المطلق
خلاف الشافعي وقد تقدم
فيه وان ماتت أم الولد أو
المدبر في بد المشتري فلا ضمان
عليه عند أبي حنيفة وقال
يجب عليه قيمته ما هو روية
عن أبي حنيفة وهذا ليس على

أعنتها ولها وسبب الحرية انعدم في المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداعلي
نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع فقبحه روايتان
والاطهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق
عليه وسلم في أم الولد (أعنتها ولها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها لعتق على وجه اللزوم
وبتصح التدبير شرعاً وتخصيصه بوجوب انعدام التدبير سبباً بالعتق في الحال لان قضاء اهلية الاعتاق عن السيد
بعد موته والاجماع على عتقه بعد ذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سبباً في الحال (والمكاتب استحق يداعلي نفسه
لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشتري (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز)
البيع ولا يقيده الملك من البيع فهو باطل وذكري الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثابت وقال لا يبيعن في دين وحديث أعنتها ولها تقدم في باب
الاستيلاء وإذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع
(ولورضى المكاتب فقبحه روايتان والاطهر جواز بيعه) وتنفسح الكتابة في ضمنه لان الازم كان لحقه
وقدرضى باسقاطه (والمراد) بالمدبر (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب
العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم
كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذ جاع مع مدبراً وأم ولداً ومكاتب كالأضام الى الحر وهو منتف
بل يصح بيع القن ويلزم مشترهم ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بان المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون
بالقبض كالأعمال الحر فكانوا مثله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في
البيع لصالحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه ففسد وكذا أم الولد
عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب بما يوجبهم أنه يبيع فاسد ولكنه خص حكم
الفاصل بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف
عليه الأبطال كذا في الجامع لفخر الاسلام (قوله لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة ولا

ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر وروى المعلى عن أبي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات
عن أبي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانهم لا تقوم لسياليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمن بيعه في غير روية المعلى ان
ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار
فاذا لم يكن محللاً للبيع انهم دلت هذه الجهة في قبضها باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة
البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفاً وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة
على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضمن اليه موجباً للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف
المكاتب لانه في نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وثمة المضموم

(قال المصنف وقال عليه قيمته ما هو روية عنه) أقول قوله وهو أي يضمن قيمة المدبر دون أم الولد في كلامه تساهل وسجى في باب كتابة
العبد الماشترى من الاكل وغيره ان في تعويم أم الولد وايتين عن أبي حنيفة

قال (وان ماتت أم الولد أو المديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أي حنيئة وقال عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المديبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليه - ما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة

أفراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قبل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضمون اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا لخصوصية من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالباطل قلنا نعم لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه يلزم تخصيصه ويتخذ للزوم على تقدير تأويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمديبر وبعضه لا يدخل كالخمر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحرم يملك القن المضمون اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحرم في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضمون وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد والمديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أي حنيئة وقال عليه قيمتهما للبايع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الرايتين عنه في المديبر وأم الولد فباتفاق الرايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتهما اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعنا انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كالحرم في غصب الصبي بشرطه أما المديبر فيضمن في البيع والغصب على روايتيهما هذه (لهما) في ضمان المديبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليه مما يصح تملكه وتعليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجلة على ما ذكرنا من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقضه على احدي الرايتين التي تبطل بغيره وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعمل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما نفسه بمقبوض بجهة البيع بانه المقبوض يشتري بعد القبض ان وافقه فلو صح لزوم أن لا يضمن لانها لم يقبض الا لشرا بعد القبض ان وافق قبل قبضه بعد الموافقة وانما تمام البيع بزمعها فالذكر كونه مقبوضا على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق أن المقبوض أهم من ذلك وهو مصادقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقة) أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل يملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض باذن المالك فلو أو جبنها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المديبر عنده فانه لا يستدعي ذلك يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك أن يجز نفسه (قوله حتى يملك ما يضمن اليه) كما اذا جمع بين قن

ولاني حنيئة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخاف بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي أم الولد والمديبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة

(قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل نظير في الشرع (٤٩) وهو اذا باع عبدا مع عبد المشتري من

المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السهمك

في الماء قبل ان يصطاده) بيع السهمك قبل الاصطاد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بشكاف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرتبة وان رآها في الماء لان السهمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة واجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد

البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانقراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السهمك قبل ان يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذته ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهذا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانقراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعه ما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالخصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدير فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمته وقيمة المدير ثلثا قيمته فتأويل نصها هو به يفتى وتقدم ذلك في الاعتاق (قوله ولا يجوز بيع السهمك في الماء) بيع السهمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السهمك فاما ان يكون أعدها لذلك أو لا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطادا جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السهمكة في حب وان لم يكن يؤخذ بالبحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الآن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بالاحيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذها ثم أرسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بالاحيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوك فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السهمك في الاتجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حد ثنا العلاء ابن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تباعوا السهمك في الماء فانه شر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجتهاد قد يؤخذ منها السهمك باليد والغر والخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من يبيع للخطر * (فروع) * من مسائل التهيئة حفر حفرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذته نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصيبا ليعطها من بل فتعلق بها الا يملكه وهو لمن يأخذها الآن باقى فيجوز له ومثله اذا هياجره لوقوع الشار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هياه لذلك فلو احداث بسبق فيأخذ منه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقة فيه ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل مكة رمون في ساحته رجل الرماد والتراب والسرقة هولين بسبق سواء هيا المكان له أو لا أما النحل اذا غسل في أرض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم باصله بأرضه كاشجر والزرع والبعض كالصيد

ومدبر مع البيع في القن ولو لم يدخل في البيع لما انعقد على القن ككلو جمع بين حرقن (قوله وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما) لانهم ليسا بمالك البيع فلا ينفذ دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغي أن يكون في ضم الحر الى العبد هكذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع أما المدير وأم الولد فقال وانما امتنع البيع لتضمنه بطلان الحرية (قوله فصار كالمشتري) كذا اشترى من غيره عبدا نفسه وعبد البائع صفقة واحدة فان عبده يندخل في شرائه ليثبت الملك في حق الاخر وهذا لانهم جاملان حقيقة حران من وجه فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد دون الحكم

(٧ - فتح القدير والسكافيه - سادس) الاجتماع في ملكه فلا يملك باض الطير في أرض انسان أو فرست فانه لا يملك لغيره الاحرار لا يشك كل ما اذا غسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرره أو يهين له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بعض الطير وفرخها والسهمك المجتمعة بنفسه فانها ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز) (يسع الطير في الهواء) يسع الطير على ثلاثة أوجه الأول يسعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني يسعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث يسع طير يذهب ويجيء كالجسم وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيان وأن باع طير له طير في الهواء أن كان داخبا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكاف جاز يسعه والا فلا (ولا يجوز) (يسع الحبل) أي الجنين (ولانتاج الحبل) وهو (٥٠) حبل الحبل وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل والنتاج في الأصل مصدر نجت الناقة

قال (ولا يسع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا يسع الحبل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبل ولأن فيه غرورا (ولا اللبن في الضرر للغرر) فعساه انتفاخ ولأنه ينار ع في كيفية الحلب وما يزداد فيختلط بالميسع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط

وكذا الغرر لا يملك إلا بأعداد المكان لذلك (قوله ولا يسع الطير في الهواء) لأنه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وارسله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلع وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنما لأن العين المجعولة غنما ميسع في حق صاحبه وذكر الترمذي لو باع طير يذهب ويجيء كالجسم فأنظر أنه لا يجوز في فتاوى قاضيان وأن باع طير له طير أن كان داخبا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه فلا تسكف جاز يسعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والجسم إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز يسعه لأنه مقدور التسليم بواقفه (قوله ولا الحبل) يسكون الميم مافي البطن من الجنين (ولا النتاج) لمافي الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع حبل الحبل وكان يبيعها بستانه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزر وإلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطأ أن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهي عن الحيوان عن ثلاث من المضامين والملاقيج وحبل الحبل وأما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبل فغير معروف والملاقح مافي الارحام جمع ملقوح والمضامين مافي الاصلا وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقته ولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلباء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفه على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على أقامته مقام المضاف (لغيره لعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد وأجازهم مالك أي أما معلومة إذا عرف قدر حلبها أو يكون تسليمه بالخفية كببيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب الالقطه فبطل قول مالك لذلك والجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجهه يجوز عن التخلص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان (لأنه يقوم به) ولأنه غير المقصود من الشاة فسكان كالوصف من الذات وهو لا يفرق بالبيع (لأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط

بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبل المرأة حبل أفهى حبل فسمى به المحمول كما سمي بالحبل وإنما دخلت عليه التاء اشعارا للمعنى الانونية فيه قبل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين أن كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غرورا وهو ما طوى عنك علمه قال المغرب في الحديث نهي عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يرى أي يكون أم لا كببيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللبن في الضرر للغرر) (ولا يسع اللبن في الضرر) لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرر منتظما يظن إنباء الغرر منبه عنه وللنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصى في الطلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والميسع لم يتناول الزيادة لعدمها عند فختلط بالميسع بغيره واختلط بالميسع بماله ليس بميسع من

ملاك البائع على وجه يتعدى تميزه بمطل للميسع ويسع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب ما يحمل هذا الحبل وهو المراد من حبل الحبل في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فأبطل ذلك بالنهي ولأن فيه غررا وقد نهي النبي عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو ما نطوت عنك مغيبته ونخفت عليك عاقبته (قوله لأنه من أوصاف الحيوان) الصوف قبل الجزر ووصف الحيوان لأن ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجهه فيجوز بيعه لذلك (قوله ولأنه ينبت من أسفل) بضم الباء وذلك يبين فيما إذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها أياما فاختضب يبق على رأسه لا على أصله بخلاف القوائم لأنها تزد من أعلاها حتى لو رطبت خيطا في أعلاها وتركها أياما يبق

ملاك البائع على وجه يتعدى تميزه بمطل للميسع ويسع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجهه فيجوز بيعه ولأنه ينبت من أسفل فيختلط بالميسع بغيره وهو مملوك كغيره فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها

(قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليه الإبطال) أقول وللخصم فيه أن يتنازع فيه ٣ قوله قوله لأن استحقاقه الح تضر هذا القول لانا

الميسع

أجاب بانها تريد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خطبا في أعلاها (٥١) وتركك أما ما بقي الخطأ أسفل مما في

رأسها الآن والأعلى مائة
المشترى وما وقع من الزيادة
وقع في ملكه أما الصوف فان
نحوه من أسفله فان خضب
الصوف على ظهر الشاة ثم
ترك حتى غما فالحضوب يبقى

على رأسه لا في أصله فان
قبل القصيل كالصوف وجاز
بيعه أجاب بان القصيل وان
أمكن وقوع الشاة فيه
من حيث القطع لا يمكن
وقوعه من حيث القلع
فيقلع وأما القطع في الصوف
فتعين اذ لم يبعد فيه القلع
أي النصف فبعد ذلك يقع
التنازع في موضع القطع
وقد صح أن النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع
الصوف على ظهر الغنم وعن
لبن في ضرع وعن سمن في
لبن وهو حجة على أبي يوسف
فيما يروى عنه من جواز
بيع الصوف على ظهر
الغنم قال (وجدع في سقف)

إذا باع جدعا في سقف أو
ذراع من ثوب يعني ثوبا يضره
التبعض كالعقيد لا
الكرياس فالبيع لا يجوز
ذكر القطع أولا لأنه لا يمكنه

التسليم الا بضر لم يوجب
العقد ومشله لا يكون لازما
فيه يمكن من الرجوع وتحقق
المنازعة بخلاف ما لم يكن في
التبعض مضرة كبيع عشرة
دراهم من نقرة فضة وذراع
من كرباس فان بيعه جائز
لم نعتزلها اه معصية

المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تريد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين
فبيع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن
لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه
قال (وجدع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع أوله كراه) لانه لا يمكن التسليم الا بضر وبخلاف ما
اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعضه

المبيع بغيره) بحيث يتعين التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم الخلف (لانها تريد من أعلاها)
و يعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل و يرتفع عنها رأس القائمة
و يرتفع غيرها مما تريد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الغضلي الصحيح عندي ان
بيع قوائم الخلف لا يجوز لانه وان كان يضمن أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة
على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متعلقا عليه بل
هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للمتعاين (بخلاف القصيل)
لانه يقطع فلا تنازع بخلاف بيعه قائما في الارض قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن
آخرة) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ
حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
تباع ثمرة حتى تطلع ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ
قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن عمرو بن عبد الله بن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه
عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمروغ لكن الحق خلاف ما قال في
تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي ثوبق عمر بن فروخ عن أنمة الشأن كابي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع
زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن
أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن
ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن عمرو بن عبد الله بن عباس عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم
عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه
الله قال أحمد بن سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع
اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهرها فعرف بذلك ان كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع
واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبنها أو كارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن
ونحو ذلك من الاشياء التي في غلافها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من
ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في تراجمها بخلاف جنسهما والله الموفق (قوله وجدع من سقف) بالجر أي

الخطأ أسفل مما في رأسها الآن وأعلى ملك المشتري (قوله في هذا الصوف) أي الصوف على ظهر الغنم
(قوله لانه لا يمكن تسليمه الا بضر) ولا يقال بانه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون
العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا وفي القوائد الظاهرية العقد مشروط بالضرر وغير مشروط
فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا يلزم المجابة لانه ليس فيه تقويت باستهلاك المال ولا يبيع الحجاب
في الدار اذا لم يمكن اخراجه الا بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعيب
وغیره أيضا وفي الحجاب انما يتعيب البناء دون الحجاب وفيما اذا اشترى نخلا وشجر على أن يقطعها المشتري
أو زرعها على أن يحصدها فالواجب أن يجوز لانه أمكن تسليمه من غير أن يتصل بالارض ضرر وفي هذا التعليل
اشارة الى أن التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا

(قوله فيمكن من الرجوع وتحقق المنازعة) أقول فيه بحيث فانه اذا كان متمسكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر بمجازعته اذ لا وجه لها والاولى عندي
أن يقال بده ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه بالخيار يكون لازما فيبطل قليلا

لأنه العلة (ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع معهما زال الفساد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البز في البطيخ لم يصح وان شقهما أو أخرج المبيع لأن في وجودهما احتمال) أي هو شيء مغيب وهو في غلافه (٥٢) فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الخنطة في سنبليها أو مثاليها يبيع مافي وجوده احتمال

فانه شيء مغيب في غلافه وهو جازز أوجب مان جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الخنطة اذا بيعت في سنبليها انما يقال بعت هذه الخنطة فالذ كور صريحها هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لا لصحيف لفظا وما برز البطيخ ونوى التمر وحسب القمان فاسم المبيع وهو البرز والنوى والحسب لا ينطلق عليه الا يقال هذا برز ونوى وحسب بل يقال هذا بطيخ وعمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذ كور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضع وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة الى اتمام القرقي بين البرز والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجودا اذا فرض فيه والبرز والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وبيع جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عينا موجودا وكذلك لو باع كرشها أو أكارعها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وان كان عينا موجودا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غيره فحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب

ولو لم يكن معينا لا يجوز اذا كرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود معهما زال الفساد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البز في البطيخ حيث لا يكون معهما وان شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمال أما الجذع فعين موجود قال لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكراس فيصوز وقول الطحاوي في آجره من حائط أو ذراع من كراس أو ديساج لا يجوز ممنوع في الكراس أو محمول على كراس يتعيب به أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع صبرة وكذا لا يجوز بيع حلبة من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا يبيع فص خاتم مركب فبسه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أوجب بانه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول نضر الاسلام ان رضى فله ان يرجع فيبطل البيع الا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب معها كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع المزمع وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما اراد الطحاوي دفع بانه ليس فيه استهلاك مال نعم برديع الحباب التي لا تخرج الا بفتح الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأوجب بان التعيب الجذعان دون الحباب وهذا يفيد أن المنطوق رآه في المنع تعيب المبيع والكازم السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من بيع حاك كمنع هذا وما يلحق به هذا هو المول عليه وذات هو الحديث السابق من نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرر والسمن في اللبن أفاد ان المنع اذا كان لا يسل المبيع الا ببيع فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وألتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بفتح الحباب التي يحتاج في تسليمها الى هدم كثاف الابواب على من يفسخ بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز اذا كرنا) من لزوم الضرر (والجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قطع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد معهما زال الفساد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البز في البطيخ) وكسر ها وسلم البرز والنوى قبل الفسخ (لا يعود معها) لان الفساد للغرر (اذ في وجودهما احتمال) فكان كببيع بالامبيع فوقه باطل بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما

لا يمكن القلع الا بحفر الارض وعند البعض يجوز للتعامل فصار كببيع الكرات يجوز للتعامل وان كان القياس يابى جوازه لانه ينمو من أسفله فيخلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهور الغنم فيقي أصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القطع نحو القميص والعمامة (قوله أما الجذع فعين موجودة) فان قيل لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلم جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عينا موجودا وكذلك لو باع كرشها أو أكارعها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وان كان عينا موجودا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غيره فحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب

في السقف وكذا يبيع كرشها أو كراعها أوجب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لمافيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد والعجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غيره فحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب

في السقف وكذا يبيع كرشها أو كراعها أوجب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لمافيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد والعجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غيره فحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب

قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صود ضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر
القاهها ومنه نهي عن ضربه وفي تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على الالآتى وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة
فما أخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيها واحد وهو أنه مجهول وان فيه عررا لانه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد وان لا يخرج من
الغوصة شئاً قال (وبيع المزبنة) الرفع فيه الجذر والرفع فيما تقدم جائز والمزبنة وهو بيع الثمر بالشاء المثلثة على الخيل بتمر بالشاء المثلثة
بجذوة مثل كيل ماعلى الخيل من الثمر خراوطنا لا حقيقة لانه لو كان مثله كيلاً حقيقة لم يبق ماعلى للرأس ثم ابل غررا بمجذوذ كالذى يقابله
من المجذوذ لا يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبها بمنحطة مثل كيلها خوصاً ولا
باع مكيداً بكيل من جنسه فلا يجوز خوصاً لان فيه شبهة الربا المحقة بالحقيقة في التحريم كالأموال موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر
خوصاً وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعى يجوز فيه ما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيه ما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق
قولان استدلل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة وخص (٥٣) في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذى

على رأس الخيل بخرصها
ثم ارفها دون خمسة أوسق
وأنت الضمير في قوله
بخرصها على أنه جمع الثمرة
قلنا بالقول بالموجب وهو
أن يقول قلنا أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم
وخص في العرايا فان في
الاحاديث الدالة على ذلك
كثرة لا يمكن منعها
لكن ليس حقيقة معناها
ما ذكرتم بل معناها الفعلية
لغة وتأويلها أن يجب للرجل
ثمرة نظلة من بستانه لرجل
ثم يشق على المعري دخول
المعري له في بستانه كل يوم
لكون أهله في البستان ولا
يرضى من نفسه خلف الوعد
والرجوع في الهبة فيعطيه
مكان ذلك ثم ارجح
بالحرص ليدفع ضرره

(وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة حمرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال (وبيع المزبنة
وهو بيع الثمر على الخيل بتمر بمجذوذ مثل كيله خوصاً) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزبنة والمحاقلة
بفسد لازم الضرر فإذا احتمل البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم
لكن بوصف الفساد فإذا زال الفساد قبل زوال البيع صار بالضرر ورة بغير فساد وهو معنى الصحيح فهذا
معنى قولهم انقلب صحیحاً بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعاً فليس هناك بيع قائم لغيره بل الميعال
في بيعه باطلا بل إذا زال البطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ابراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من ابراد
العقد الصحيح وما يجاده ليس هو وجود المبيع الصحيح وفوقه عدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معصية أو
كرشاً أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح أوجب بان للنع
هناك لعله أخرى غير لازم الضرر في التسليم وهو كونه متصلاً متناه خالقاً والنهي عنه وهو النهي عن بيع
الصوف على الظهر واللب في الضرر والسم في اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال
المانع بالذبح والفصل فان قبيل يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها قلنا وكذا
الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجذر على قياس ما تقدمه (وهو الصائد يقول
بعثك ما يخرج من) القاه هذه (الشبكة حمرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الازهرى
نهي عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرج من الالآتى فهو لك بكذا فهو وبيع
باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد كان غرراً وجهه ما يخرج (قوله وبيع المزبنة) وهو بيع
التمر على الخيل بتمر بمجذوذ مثل كيله خوصاً لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة في الصحيحين من
حديث جابر بن سمرة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزبنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزبنة
الشبكة على الطائر ألقاها عليه ومنه نهي عن ضربة القانص هو الصائد وفي تهذيب الازهرى عن ضربة
القانص وهو الغواص على الالآتى وذلك أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا (قوله
ولان فيه غررا) لانه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد الزين الدفع وناقضون ثم بنى عليها ومنه

عن نفسه ولا يكون مخلف الوعد به نقول لان الوعد لم يصير ملكاً لموهوب له مادام مناصلاً تلك الواهب فبايع عليه من الثمر لا يكون عوضاً بل
هبة مبتدأة ويسمى بيعاً مجازاً لانه في الصورة عوض يعطيه للتمر زعن خاف الوعد وانفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى
أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء في حديث يزيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر وخص في العرايا فسد ما قبله على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني أنه جاء في حديث جابر
رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه
والجواب عن الاول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير يتأني قوله عليه الصلاة والسلام المشهور
اتمرو بالتمر مثلاً بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزبنة) أي قوله من المجذوذ لا يجوز (أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجذر والرفع أى كلاهما وقوله والمزبنة مبتدأة
وقوله لا يجوز خبره

فالمزانية ما ذكرنا والمحاولة ببيع الحنطة في سبيلها بحنطة مثل كيلها خوصا ولانه باع مكيلا بمكيلا من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيمادون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزانية ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها ثمرا فيمادون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغتوتأويله أن يبيع المعري له ما على الخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو يبيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برامبتداً

يبيع الرطب في الخيل بالتمر كيلاً والمحاولة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحلب كيلاً وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاولة والمخارفة والملاسة والمذاينة وقول المصنف (يمثل كيله خوصاً) الخرص الخرز (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بخمسه مع الجهل بتساويهما (كلما كانا موضوعين على الأرض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزانية) بالتفسير الذي ذكرنا (فيمادون خمسة أوسق) لمافي الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضاً عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خوصها ثمراً كالحارطبا ووافق الشافعي أحد في ذلك لأنه لم يحكم إلا الضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له الخلة أو الخلتان في وسط الخيل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة إذا كان وقت الشمار خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيعطي صاحب الخلة أو الخلتين فيضرب ذلك بصاحب الخيل الكثير فترخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خوص ماله من ذلك ثم ينصرف هو وأهله عنه ويرى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل نخلة من نخلة فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فترخص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه ثم قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى بما قال مالك لأن العربية إنما هي العطية لا ترى إلى الذي مدح الانصار كيف مدحهم إذ يقول

فليست بسنهاء ولا رجيبة * ولكن عرايا في السنين الجوانح

أي أنهم كانوا يعزرون في السنين الجوانح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدوحين بها إذ كانوا يعطون كما يعطون وانلق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محقق ومذهبه واستدل عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها الخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لأنهم كانوا يعزرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خوصاً وهو غير المزمع ودفعاً للضرر وعنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبيد الله بن عمر وابن العاص انه حين حضرته الوفاة قال ز وجوابتي من

الزبون لانه الذي يعين كثيراً على الاسناد المجازي واستقر بنبه وتزنيه اتخذوه زبونا والمزانية ببيع التمر في رؤس الخيل بالتمر كيلاً من الزبن أيضاً لانها تؤدي إلى النزاع والنفاق (قوله يجوز فيمادون خمسة أوسق) ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان قلنا العربية العطية قال عليه السلام لا تخرصين خففوا في الخرص فان في المال العربية الوصية والمخرص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء وتفسير العربية أن يهب الزجل تمر نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمر مجذوذاً بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون تخلفاً للوعد وهذا عندنا جاز لان الموهوب لم يصير ملكاً للموهوب له مادام متصلاً بملك الواهب فيعطيه من التمر لا يكون عوضاً عنه بل هبة متبينة أو انما سمى ذلك بيعاً مجازاً لانه في الصور عوض يعطيه للخرص عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيمادون خمسة

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر) سام البائع السلعة أي عرضها وكرهها وسامها (٥٥) المشتري بمعنى استامها ببيع الملامسة

هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلبيها المشتري بيده فيكون ذلك ابتاعا له أو رضى مالكها بذلك أو لم يرض وبيع المناذرة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساومة عليها أيها فيبذلها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردّها عليه وبيع القاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فإذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت يبيع في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعابرة الكتاب تشير إلى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمناذرة وبيع القاء الحجر ملحق به سالانه في معناهما ولأن فيه تعليقا بالخطر والتلبيك لا تختمله لادائه إلى معنى القمار لانه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته وأي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وأي ثوب نبذته إلى فقد اشتريته (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الآن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراسي ولا اجازتها) والمراد به

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر واللامسة والمناذرة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فأخذها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المناذرة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمناذرة ولأن فيه تعليقا بالخطر قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بقروعه قال (ولا يجوز بيع المراسي ولا اجازتها) المراد الكلا أما المبيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه

فلان فإنه كان سبق اليه معنى شبه الوعد فلا أتى الله بثلاث الشقاق وجعله ثلثا حديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المناق ثلاث ان حدث كذب وان وعد ان لم يوف وان اؤتمن خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين وروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرابيا كم هذه فسمى رجلا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب ياتي ولا نقد يبيعهم يتنازعون به رطبا باكلونه وعندهم فضول من التمير فخص لهم أن يتنازعوا العربية بغير صهامان التمير فباكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم أجده سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرابيا من غير اسناد (قوله) ولا يجوز البيع بالقاء الحجر واللامسة الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة زاد مسلم اما الملامسة فان يلبس كل منهما ثوبا صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامسة البيع من غير خياره عند الرتبة وهذا بأن يكون مثلا في طلبه أو يكون مطويا مبريا متفتقا على أنه اذا لمسة فقد باعوه وفساده لتعلق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمناذرة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل التنبذ بيعا وهذه كانت يبيعان فنهى في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصاة ونمسة أو ثوبا فأي ثوب وقع عليه كان المبيع بلانامل وروية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضه على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فالقاء اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كذا كرناه ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعلق التملك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجر على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا واذا لمسة أو نبذته والتساوم تفاعل من التسوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وكرهها وسامها المشتري بمعنى استامها وسامه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع وراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن التسوم ثبت التزاما لانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بمقتضى الشراء (قوله) ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الآن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم ذكرها بغير وعيها خيار الشرط (قوله) ولا يجوز بيع المراسي ثم فسرهما بالكلا دفعا لوهم أن يراد مكان الرعي فإنه جائز (ولا اجازتها) أما المبيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه) اشترالك ابا حنيفة لا يملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذا

أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده (قوله) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمناذرة الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر ولكنه ألحق ببيع الملامسة والمناذرة بطريق الدلالة وهو أن يتساومان أحب المشتري الزام البيع لمساويه أو وضع الحجر فيكون مشتريا لها رضى مالكها أو لم يرض وان أحب مالكها الزام المبيع يندبها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وقد ذكر في المتن قال أبو حنيفة رضي الله عنه الملامسة أن يقول أبيعك هذا المتاع بكذا فاذا استك وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والقاء الحجر أن يقول المشتري أي البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (قوله الكلا) واحد الا كلامه وكل ما عتسه الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب وانما قال المراد الكلا لان لفظ المرعى

(قوله وأي ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

الكلا وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روى عن محمد وقيل ما ليس له ساق وما له ساق فهو كالا وانما فسر المرامي بذلك لان لفظ المرامي يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلا وعلى مضمر رعي ولولم يقسم بذلك لتوهم أن يبيع الارض واجارها لا يجوز وهو غير صحيح لان يبيع الارض واجارها صحيح سواء كان فيها (٥٦) الكلا أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلا نه غير مملوك لا اشتراك

بالحديث وأما الاجارة فلا تنه عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة لشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى

يملكه بدونه (للعديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان ابن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فبكت أسمعهم يقول المسلمون شر كاه في ثلاث في الماء والنار والكلا وراه أجمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسسند ابن أبي عمري في الكامل عن أحدوا بن معين أنهم قالوا في حريز نعت وجهه الهه في لا تنصروا معنى الشركة في النار الاصطلاح بها وتحقيف الثياب بمعنى اذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الجرف ليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحباض والانهار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فلغيره أن يقول ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي اليه أو تحشمه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما أن ياذن للمالك في دخوله ليأخذه واما أن يخرج به اليه اما اذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حينئذ يبيع لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فاملو كان سقي الارض وأعد لها اللانبات فنبتت في الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر نبت الكلا بانباته جاز يبيع وكذا لو حرق حول أرضه وهما اللانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيعه كاه في أرضه قبل أن يعلقها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه نابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والا كثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكاف الحفر والطنى لتحصيل الماء ملك الماء كملك الكلا بتكافه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلا ذكر الحواشي عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كالا وكان الفضلي يقول هو أيضا كالا وفي المغرب هو كل ما رعت الدواب من رطب وبابس وهو واحد الا كلاء (وأما الاجارة فلا نه) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الاملاك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آله لا فامة العمل المستحق كالصبيغ واللبن في استنجار الظئر فملك بعد اقامة العمل تبعا اما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة لشرب لبنها لا يجوز) مع أنهم اعقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على

الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاح بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحباض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة وان كان له أن يمنع من الدخول في أرضه فان منع كان لغيره أن يقول له ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي الي حتى أو تحشمه فتدفعه الي أو تدفعني أخذه كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا أو أما اذا ثبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه بخار يبيع وهو ذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا نابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة لا كلاف في على الشركة فلا يجوز بيعه وأما عدم جواز الاجارة

يقع على موضع الرعي وهو الارض فيجوز بيعها فلا يصح أن يراد واما المرامى يحويه المرامي من الكلا اطلاقا لاسم المحل على الحال (قوله بالحديث) وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والمراد بالماء الذي في الانهار والآبار اما اذا أخذه وجعله في وعاء فقد أحرزه بخار يبيع وبالكل ما نبت في أرض غير مملوكة وما نبت في أرض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون بحر زاله بكونه في أرضه واذا ثبته صاحب الارض بالسقي والنتر في أرضه اختلعت الروايات فيه فانه ذكر في الذخيرة والمحيط ولو باع حشيشا في أرضه ان كان صاحب الارض هو الذي أنبت بان سقاها لاجل الحشيش فنبت بتكافه جاز لانه ملكه ألا ترى أنه ليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه وان ثبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه وفي القدوري لا يجوز بيع الكلا في أرضه ولو ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلا لم يجز يبيع لان الشركة في الكلا نابتة بالنص وانما تنقطع

فلعنين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بان استأجر بقرة لشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاصح المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آله لا فامة العمل المستحق بالاجارة كالصبيغ في استنجار الصبيغ واللبن في استنجار الظئر كونه آله للحضنة والنظرة ولم

يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذ كرفي الشرب انها فاسدة حتى عاك الا حرة القبض وينفذ عنه فيها قال (ولا يجوز بيع النخل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النخل وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً أي نجح وعاد هو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعاً لعدم ما يمنع عنه شرعاً وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير (٥٧) ما كولى العمل لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي

المخوفات من الاحشاش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير أ رأيت ان وجد بها عيباً بكم ردها وفيه اشارة الى أن النخل لا قيمة لها ولا رغبة

في عيها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسانه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك لعدم في الحال قبل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والخش فأنهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقيل خروجوه لا يكون منتفعاً به حتى لو كان ما يخرج منه باع كواره بضم الكاف وكسرهما وهي معسل النخل اذا سوى من طين وفي التهذيب كواره النخل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

الشركة بالحجارة وسوق الماء الى أرضه ليس بحجارة للكلا فبقى الكلا على الشركة فلا يجوز وذ كرام الامام الترمذي والاصحح ان يبيحها اذا نبت الكلا بسقى رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشاشه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو يختار الشهيدين وان نبت الشجر في أرضه ولو كثر فهو لولك صاحب الارض وان نبت لاباناً نهوذ كرام الحلو الى عن محمد رحمه الله الكلا ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلا مثل الحجاج وكان الفضلي يقول هو كلاً ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع بضوء الاصطلاح به وتحقق الثياب بها أما اذا أراد أن يأخذ الجرف ليس له ذلك الا باذن صاحبها وذ كرفي الفوائد الظهيرية وكذلك لا يجوز الاجارة لان المستحق بالاجارة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استجار الصبغ والمبني في استجار الطير لكونه آلة للخصاب والطور وقوذ كرام الامام الترمذي رحمه الله بخلاف استجار الطير حيث يجوز لان لبن نبات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن مثله (قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه) احتراز بقوله لا بعينه عن بيع المهر والخش فأنهما وان كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال باعيانهم ما في بيع البسيع السكواة بالضم والتشديد عن العوري معسل النخل اذا سوى من طين (قوله كذا ذكره الكرخي رحمه الله) هكذا ذكره ناهوذ كرفي موضع آخر ان هذا قول القسودي وأنكر أبو الحسن وهو الكرخي

(٨ - فخر القدير والكفاية - سادس) وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل

(قوله اعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قبل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الاتقاني والخجاري (قوله وفيه بعد لخروجهما الخ) أقول فيه ناسل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منه ما في مسئلة بل الزمان من اولادهما فلا يخرجانه

يصير قابضا عقيب الشراء بالاثاق وان قبضه للردها ما أن يشهد على ذلك أولا فان كل الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى (وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لتأكده باللزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع (٥٩) فسحقه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان

يثبت الملك من الجانبين على ماهو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد وكر الامام الثوري ناشى انه لا يصير قابضا عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظر الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعضه منى فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق قال نعم ثم عاد من الآبق

والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهى عنه يبيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري اتفقت العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد عند أخذ لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعضه منى فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق عن كفاية اشترط العلم بحياته وتجويزه بته لانه الصغير أو لبيتم في حجرة بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب اليه وهو مستوفى ما قبله من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بآراء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بآراء مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد نظر للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزأ ببيع من ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عنده هذا فبعنيه وأنا قبضه منه واعترف بذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجد هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا البرد على ما لعله لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من آباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صححا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خرا ففعلت قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لا يعود صححا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والتلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند الفقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز اقيام المالية والملك في الآبق ولذا صح عنه فكان كببيع المهرين اذا افترقا قبل الخصومة ففسخ القاضى للبيع وبه أخذ الكرخي وجاعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضى البيع أو تخاصمافانه لا يعود صححا اتفاقا وهذا يقتضى أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل

لمكان الضرر وقال الامام المصطفى رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فانه اختيار الصدور الشهيد رحمه الله (قوله وكان أشهد عليه) أى أنه يأخذ للردها على المولى لانه امانة عنده وقبض الامانة وهو أدنى لانه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لانه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا وذكر الامام الثوري ناشى رحمه الله وان لم يشهد كذلك عند أبي يوسف رحمه الله أى لا يصير قابضا وعندهما يصير قابضا عقيب الشراء وان كان أخذه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء عندهم جميعا (قوله ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق لا يتم ذلك العقد) ويحتاج الى بيع جديد وبه أخذ جماعة من مشايخنا وبه كان يقتضى أبو عبد الله البطني وهكذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله لان شرط جواز العقد هو القدرة على التسليم كان فائت الوقت البيع فلا يجوز وان وجد من بعد وصار كالمو باع خرا فصار خلا في المجلس وسلمه أو باع طيرا في الهواء أو

التوى بالآباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته والتوى ينافيه وروى عن أبي حنيفة أن العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالآباق ولهذا جاز اعاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتهى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا وأما اذا رفع المشتري الى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم البيع عند اذالم يفسخ لان العقد انعقد لتقيام المالبية والمائع قد ار تفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا بروى عن محمد رحمه الله قال (ولا يبيع لبن امرأة في قدح)

أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع المقدس في الفاسد يردده صحيح لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطال لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالبية والمالك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مع عدم المبطال وهذا ما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا في ما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطأ ثقتة مع السكر حتى يعود جازرا والبلخيون لا يعود جازرا فبالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا يملك كالمقدور التسليم ان عنى محلية البيع المصير ختم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للمائع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فوقوف والاذن اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد والافساد ما حديث النهى عن بيع الا بقى فروى اسحق بن راهويه أنه أخبرنا سويد بن عبد الله عن يزيد بن زبادة عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن شراء ما فى بطون الانعام حتى تضع وعن يبيع ما فى ضر وعها وعن يبيع العبد وهو أبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم ابن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري برفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو أبق وعن شراء الغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر بخلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع لبن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أمام عين القدحية

قال (ولا لبن امرأة في قدح) قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يبيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله ولا لبن في الضرع

سمك في الماء ثم أخذه وسلمه في المجلس فانه لا يجوز (قوله لانعدام المحلية) لان محمل البيع مال مقدور التسليم والا ببق ليس بمقدور التسليم ولان المالبية في الا ببق نارية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع فان قيل فلم جازا اعتاقه قلنا الاعتاق ابطال للمالك فلان سلم قواه بالابق وأما البيع فائبات للمالك للمشتري والتوى ينفيه فلا يثبت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد بانه أخذ السكر حتى رجحه الله وجماعة من مشايخنا وذكروا القاضي الاسججاني رحمه الله وبعده ظهور والابق قائم ما امتنع من البائع والمشتري يجبران على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر الى القاضي وطلب التسليم من البائع وظاهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فحينئذ يحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة (قوله والمائع قد ار تفع) وهو العجز فاذا زال صار كأن لم يكن كالأه من يبيع المرهون ثم يفتسكه فسل الخصومة كذا في المبسوط ولو باع الأبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو لبيتم في حجره جاز لان ما بقى له من اليد في الا ببق يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الا ببق عن الكفاية جاز اذا علم حيانه ومكانه كذا ذكره التمر تاني (قوله ولا يبيع لبن امرأة في قدح) وانما قال في قدح لانه لو لم يذ كر القدح لتوهم أنه يجوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كاهو الحسك في ألبان سائر الحيوانات أنه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح أو في غيره من الاناء يجوز (قوله لانه مشروب طاهر) في النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروا بالاحتراز عن الخمر وعمالا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الخنطة لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعهما لغوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الخنطة ولنا أنه جزء الا دمي فلا يكون مالا لان المال هو غير الا دمي خلق له لخدمة الادسي مما يجري فيه الشعم والضمة وحمل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره أصلا وأما دلالة أن اللبن جزء الا دمي فهو أن الشرع أثبت حرمة الرضاع

في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احثرازا عن الجرافيم البست بطاهرة ولانه
جزء الادى لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لعني البعضية وجزء الادى ليس بمال لان الناس لا يبيعونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وهو رض
بأنه لو كان جزء الادى لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الادى أوجب بالانسانم الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من
الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء بسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت (٦١) قوله وهو أى الادى بجميع أجزائه مكرم

يجوز أن يكون دليلا آخر
وتقريبه أن الادى
بجميع أجزائه مكرم
مضمون عن الابتدال وما
رد عليه البيع ليس بمكرم
ولامضمون عن الابتدال ولا
فرق في ظاهر الرواية بين
لبن الحرة والامة وعن أبي
يوسف انه يجوز بيع لبن
الامة لانه يجوز ايراد البيع
على نفسها فيجوز على جزئها
اعتبارا للبعض بالكل
والجواب انه اعتبارا مع
وجود الفارق فلا يجوز
وبينه ان الرق حل نفسها
وباحل فيه الرق جاز بيعه
وأما اللبن فلا فرق فيه لان
الرق يختص بمحل القوة التي
هي ضد الرق يعني العتق
وهو أى المحلل هو المحل
ومعناه انهما صفتان
يتعاقبان على موضع واحد
فهما ضدان واذا لحاقا في
اللبن لا يرد عليه الرق ولا
العتق لان تغاير الموضوع
والجواب عن قوله مشروب
طاهر أن المراد به كونه
مشروبا مطلقا أو في حال
الضرورة والا لم يمنع
فانه اذا استغنى عنه حرم
شربه والثاني مسلم لانه
غذاء في تربية الصغار لأجل
الضرورة فانهم لا يتربون

وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر وانما انه جزء الادى وهو بجميع أجزائه مكرم مضمون
عن الابتدال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن
الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا فرق فيه لانه يختص
بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو المحل ولا حياة في اللبن

فليس قيد بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقربة كى لا يظن أن امتناع بيعه
مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند
الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحوه منع بعضهم صبه في العين الرمضاء وبعضهم أجازه اذا عرف انه دواء
عند البرء (و) نقول (هو جزء من الادى مكرم مضمون عن الابتدال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين
لبن الحرة ولبن الامة) وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها
قلنا الجواز يتبع المسألة ولا مالية للانسان الاما كان لا للارق (وهو للمحلى ولا حياة في اللبن) ولان العتق
قوة شرعية حاصلها قدرة تثبيت شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحادهما وليس
اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الادى مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أوجب بمنع
ضمان أجزائه مقابل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن انما نبتت لاضمان الاما يستوفى بالوطء
فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظ الامر البضع بفعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من خروص
شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه
ففي اشاعته يبيعه ففتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتريين وبالنسبة فيشيع فساد الانكحة
بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان امراءه ليس بالمنفعة أخرى

المعنى البعضية فلما كان جزء الادى والادى بجميع أجزائه مكرم مضمون عن الابتدال بالبيع وغيره
فلذلك لا يجوز بيعه فان قيل أجزاء الادى مضمونة بالاتلاف فوجب أن يكون اللبن كذلك قلنا أجزاء
الادى لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل ألا ترى أن الجرح اذا اتصل به البرء بسقط الضمان
وكذلك السن اذا نبتت الاما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تعظيما للبضع ألا ترى أنه يجب
وان أذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطء
ملحق بالنفس حكما في حق الضمان احترام ما لا يملك منه النفس وباتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شيء
فلا يضمن كذا في الاسرار وأما قوله انه مشروب طاهر قلنا لانسانم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو
غذاء في تربية الصبيان لأجل الضرورة فهم لا يتربون الا باللبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة
حتى لو استغنى لم يبع شربه وصبه في عين رمد عند بعض أصحابنا لا يجوز زوقه بل يجوز اذا علم أنه يزول به ولا يبدل
هذا على أنه مال منقوض وهذا نظير النكاح فان البضع يتملك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة وأقامة النسل ولا
يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يبدل على أنه مال منقوض مع أن الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع
بالاتفاق وأما ما يجب بالتقوار يرفق لما يحصل به غذاء الصبي وفي نحو يبيع ذلك فساد فانه يثبت حرمة

الالبان الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالكل فاعلم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله)
وتقريبه أن الادى بجميع أجزائه مكرم (الح) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعني استقلال (قوله وليست بمال)
أقول اى منقوض

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للضرورة فان ذلك العمل لا ينافي بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يوجب رجوعه الى الله ان الاطلاق

كشراء الامة المجوسية بعد اشتها رحمة وطهها شرعاً كالكنهم يحيزون شره به لا كبير هذا وقد ساند الفقيه أبو الليث الى محمد بن سنده متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سبويه ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة القطر دليل على فساد بيع لبنه لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استاجر بقره على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة القطر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم على المنع بان الآدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يتبدل بالبيع وسيأتي باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أو رد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخنزير واخترنا من قبل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محمل اهانة وبالنسبة الى آخره كرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلزم الوقوف بالحضر مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا قابلا ليدل وعزوز كرامهم أو الشيا كان غاية كرامه والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فاراد العقد عليه وابداله به والحاقة بالجادات اذلاله هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع ورد عليه ببيع السرقة فالقول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع الامكان وجوده مباح الاصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخنزير لا ينافي لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن يبيع في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الابشراء جاز شرعا وشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخنزير به بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خنزير بشعر الخنزير برفعي هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل ينافي بدونه كذا ذكرنا الا أن يقال ذلك فردت محمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرمانه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسد) وعند محمد لا نجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته (والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخنزير فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخنزير من مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بعلمه في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعاقبهم بحيث لا يقدر ون على الامتناع عنه وتجمع على ثبائهم هذا

المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربي به من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يتسكن فساد في الانسكحة والله لا يحب الفساد (قوله فلا يجوز بيعه اهانة له) فان قيل جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الاهانة وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة قلنا انما كان كذلك باعتبار المحل كما أن الاحراق اهانة في حق الآدمي اعزاز في حق الخطب حيث اعتبر به دون غيره وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله ان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر الخنزير والابشراء ينبغي أن يحو زلهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فالما بالبيع فيكره للبائع وقيل لا يبايع الثمن للبائع ولا باس للاسا كفة أن يصالحوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم وفي الشافي لوصلي ومعه شعر الخنزير أكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم بسطاهند آخر من لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله تجوز وفي الذخيرة هذا في المتوف وأما المجذوذ فطاهر (قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة) والصحيح قول أبي يوسف رحمه الله

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيّب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر الخنزير والابشراء ينبغي أن يحو زلهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان متوفيا وأما المجذوذ فطاهر كذا في التمر نائبي وقاضيان

(٣) قوله سهوب كذا في النسخ التي بأيدينا ولم نجدهم يقرروا هذه

قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الاكمين والانتفاع بها لا يجوز زوعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها الاستدلال بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجس لما فعله اذا نجس لا يتبرك به وجسه الظاهر أن الآدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلاً ما هنا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة الواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله يبيع شعر الخنزير اعزاً من قيمته تقدم وجعل يبيع شعر الآدمي أهانه له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجباً لأمرين متناقضين وأجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بماله بحقره اعزله فلا يجوز ولا فضائه الى اعز از ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بماله ليس كذلك أهانه له فلا يجوز ولا فضائه الى تحقير ما (٦٣) عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما

هو من وصف المحل شرعاً ان عدم حوازه مال ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة فشره وهو طاهر أولى ولان في تناول الشعر ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمه الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر اي في قرون النساء للتكثير في هذا الانتفاع بما لا يجعل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامتنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا زوم الاهانة بالاسهال فخل وصلاهما بشعور النساء أيضاً وفي الحديث لعن الله النامصة والمنتمصة أيضاً والنامصة هي التي تنقش الحاجب لترقمه والمنتمصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لا تنفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخرجه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بان النجس منها باعتبار أصل الخلقة فسام يزيله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بمافيته

لأنه لو كان طاهر اباح الانتفاع به يصح بيعه قياساً على عامة ما هذأ شأنه وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعباً أو خفاشاً وزا بشعر الخنزير (قوله الواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي يفعل بها ذلك) وروى عن محمد رحمه الله أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالاً بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجس لما فعله وأنه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصده التبرك نهاه أن يعود الى مثله في المستقبل (قوله فيز يد في قرون النساء وذواتهن أي يز يد في أصول الشعر للتكثير وفي الذوات للتطويل (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لانا

بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا نهى وهو يقتضي المشروعة فمن أين للجواز (قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزبلي انما لعنا للانتفاع به لمافيته من أهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لسكان البيع بما عايناه في التحقير والتعظيم جازراً وليس كذلك الآن يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالمساك فجعله مملوكاً أهانه له لكونه حطاً عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمالوكية فجعله مملوكاً فرفع له عن مرتبته ولا بعد في استحباب الشيء الواحد أمرين متناقضين في محلين مختلفين ألا ترى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعتد اللحم وتذيب الشحم فليست ممل (قوله فليس ذلك) أقول أي ما ذكره من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول لعل

فالجواب أنه نهى عن الأفعال الحسية وهو يفيد طالع النقر برطالع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به) لان تأثيره في إزالة الرطوبة كالذ كاه والجلد طاهر بها فطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصفوها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم (٦٤) الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة (والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به

وهو اسم لغبر المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصفوها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد ذكرناه من قبل والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة الباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا تحرف قطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يحز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشر بحدث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنع رداني روايته وهو اختيار مشايخ بلخ زجهم الله

في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بسلك كان كالسك وسائر السباع قالوا

وهذا ال وال ليس في تقرر المصنف ما يرد عليه ولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما عطل المنع الابدع الانتفاع به وانما يرد على من عطل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعطل بها بطلان البيع أصلاً فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المسالمة فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كذا كروا أو ما جاوز بيعها بعد الدباغة فحل الانتفاع بها حينئذ شرعاً والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعاً على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصفوها وشعرها) وريشها ومنقارها ووظائفها وحافرها فان هذه الأشياء طاهرة لا يحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (وقوله والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالسك يجوز الانتفاع به قبل وري ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لقاطمة سوار بن من عاج وظهر استعمال الناس له من غير تكبير ومنهم من حكى اجاع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الغبل وغيره أدركت ناساً من سائر العلماء عن شطون بها ويدعون فيها لا يرون بأساً وقال ابن سيرين وإبراهيم لا بأس بتجارة العاج وري أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرود وري الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه ما ينتفع به في بعض الأشياء (وقوله واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا تحرف قطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يحز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي (وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما وقول المصنف (ولل مال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزىل للمتعلي بالمال بمنزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضاً

بيعه عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا تحرف قطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يحز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض وهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنع رداني روايته وهو

نقول هذه الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة فلما رايه بالدبغ فهو كعين الجلد وهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما الغصاة في الثوب فليس بأصل الخلقة بل جاورته بعد أن لم تكن متصلة بالثوب فلا يغير حكم أصل الثوب من حيث الانتفاع به وجوازه كذا في الجامع الصغير لشمس الأعمدة السرخسي رحمه الله (وقوله والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله) لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعاً به شرعاً اعتبروا بسائر السباع هذا هو الأصل الا اذا قام الدليل بخلافه (وقوله حتى يباع عظمه) هذا اذا لم يكن على عظم الغبل وأنما به دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه (وقوله فباع صاحب العلو علوه) أي حق التعلي

اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لو جوب الضمان بالانلاف فان من سقى أرض نفسه ماء غيره يضمن ولان له حظاً من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شامدين شهد أحدهما بشراء

لانه

أرض بشر بها بألف والآخر بشر بها بألف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانها اختلغا في ثمن

الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يحز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار أنه ليس بمال بخلاف بيعه معهما تبعاً لزمها باعتبار التبعية

المراد أن المبيع ليس من حباتها لما احتج بردا السؤال (وقوله فالجواب انه نهى الخ) أقول فيه بحث

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) يبيع رقبته الطريق وهبته جائزة لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع ويباع رقبته المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذالم يبين الطول والعرض لا يجوز للهبته بحيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لا يخرج يبيع رقبته من حيث انه غير فانه أرض مملوكة جاز بيعها ذكره خمس الأئمة السرخسي والثاني لا يخرج بيعه من حيث هو مسيل اذ اباين حدوده وموضعه فانه جائز أيضا ذكره قاضيخان (٦٥) وهذا أحد محتملي المسئلة ويباع حق

المرور وهو حق التطرق دون رقبته الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسما من الثمن حيث قال

دارين رجلين فبها طريق لرجل آخر ليس له منه مما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق رضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لصاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسما من الثمن وهو ما يدل على جواز البيع وفي رواية الزادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث فانه حق من الحقوق ويباع الحقوق بالانفراد لا يجوز بيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتملهما الآخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما

لانه حفظ من الماء وله اذ يضمن بالاتلاف وله قسما من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب قال (وبيع الطريق وهبته جائز ويباع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين يبيع رقبته الطريق والمسيل ويباع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً

مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد فوبته وجوز مشايخ بلخ كآبي بكر الاسكافي ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاموا ذلك لحاجتهم اليه والقياس بالتعامل كما جاز السلم للضرر ورفق الاستصناع للتعامل (ولانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهم الاختلاف في مقدار الثمن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقبل لوباع أرض بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البردوي وعليه رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقبل يضمن اذا جاع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالأثر له من رد المختلف الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهده الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمن بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو يمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سبباً للضمن بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حفظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عيناً ينبغي أن لا يجوز بيعه اذالم يكن فيه ماء واجب بانه انما جاز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم يتقدر بانه حفظ من الماء فهو مجبول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخاري بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وهذا القدر لا يخالف القياس * (فرع) * باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله) ويباع الطريق وهبته جائز ويباع مسيل الماء وهبته باطل (قال المصنف) المسئلة تحتل وجهين (أن يكون المراد) (بيع رقبته الطريق والمسيل) (أن يكون المراد) (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسييل) فان كان الاول) وهو يبيع رقبته الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً) فان بينه فلا إشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضاً وهو المراد بالمسئلة

(٩ -) (فخ القديروا اسكفاه) - سادس) قال المصنف (لانه حفظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا أنه نصيب وليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منفرداً قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك فلنا اذ وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه عليه كذا في شرح شاهان الأئمة مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراءى كما سبق فلنا أمل وسجي في آخر كتاب الشرب بأنه لا يضمن اذا سقي من شرب غيره

مرآة الناظرين كان المحتمل الثاني فعلى (٦٦) رواية الزيارات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق

وأما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسبيل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعليل وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعليل على احدى الروايتين أن حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبهه الاعيان (قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نجعة حيث ينعتق اليه ويختير

ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالسئلة ما ذالم بين مقدار الطريق والمسيل أمالو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسبيل فهو جائز بعد أن يبين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسبيل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيارات لا يجوز وبه أخذنا الكرخي لجهالة التعليل وعلى رواية كلب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فبما طريق لرجل آخر ليس له منه مما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق بربضهم يضرب صاحب الاصل بثلاثين الثمن الطريق وصاحب الامر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنتان وصاحب البحر واحد وقسمته العاريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انهي فقد جعل لصاحب حق المرور قسطا من الثمن فسدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ وانفتحت الروايات على أن يبيع حق التسبيل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أي ووجه الفرق (بين حق المرور وحق التسبيل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسبيل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعليل) لا يجوز بانفاق الروايات ووجه فسادها وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا انظار فان ذلك اذا باع حق التعليل بعد سقوط العلو فانما يكون نظيره ما اذا باع حق التسبيل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حادثة الى الفرق بين حق التعليل حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق لانه على المنع في حق التعليل بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما ما يبيع الحق لا يبيع العين وهو أن حق المرور يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعليل فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بان حق التعليل يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الارض فليس بذلك لان البيع كما رد على ما يبق من الاعيان كذلك رد على ما لا يبق وان أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيارات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسبيل وحق المرور (قوله ومن اشترى الى آخره) اذا اشترى هذه

بان يسيق أرضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشر بها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما الاختلاف في أن الأرض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الأرض لان بعض الثمن مقابل بالشرب فصاروا كاختلافهما في مقدار ثمن الأرض وانما لم يجز بيعه مقصودا في رواية واختيار مشايخ بخار الجهالة وبيع المسيل لا يتخلو عن خمسة أوجه اما أن يريده ببيع رقبة المسيل وهي النهر فهو جائز أو يريده برقبة الارض التسبيل الماء فهو على وجهين ان يبين حدوده وهو موقوف فهو جائز أيضا وان لم يبين لا يجوز واما أن يريده حق التسبيل فهو لا يتخلو اما ان كان على السطح وهو غير جائز لعينين أحدهما أنه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعليل والثاني بمنزلة الجهة لانه التسبيل مجهول مختلف لقله الماء وكثرته أو في الارض وأنه لا يجوز للجهة (قوله فاذا هو غلام) ذكر الضمير بتذكير الخبر (قوله

بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما هو وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والاول حق التعليل وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه مجهولا ولا لاختلاف التسبيل بقله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعنى رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور لتعلقه الى الفرق بينه وبين التعليل والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبهه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبهه الاعيان والبيع بردها بها فظهر من هذا أن محل البيع اما الاعيان التي هي أموال أو حقا يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حقا يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) اعلم أن الذكور والانثى قد يكونان جنسين الجنس التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فان الغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كاللحارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل

قوله ومن اشترى عبدا المصنف ومن باع الخ أذنه العلامة الجراوي وسياق نظيرتها ومن اشترى جارية الخ كنهه مضمعه والفرق

والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمجدد حجه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعنا في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالاسمى وبطل لانعدامه في متحدى الجنس يتعلق بالشار اليه وينعقد لوجوده ويختبر لغوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا المذكور والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت في الاعراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيه وهو المعتبر في هذا دون الاصل

الجارية فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبني على الاصل الذي تقدم في المهرانه اذا اجتمع تسمية وشارة الى شيء كاذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسمها جارية فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية تبلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصي معرفة عند العقل بالشيء بالذات وغيرها ونحن في مقام التعريف في معلق بما تدرى فيه ابلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة في انعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر في نفسه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمجدد) لا يريد ان الاصل يختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافته في المهر مستد لاه على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخلل فاذا هو خرف من الجنسين كل ذكر مع أنثى من بنى آدم وان كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثير من مختلفين بميز داخل فقد اختلفا بمختلفين بالاختلاف المذكور والانثى من سائر النعمان غير الاشمى فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفرانه جعل الذكر والانثى من بنى آدم كاذكر والانثى من غيرهما الخكم بجواز البيع واجيب بالفرق بفحش اختلاف الاعراض منها فالحقا بالجنسين فالغلام وادخله من الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستقراش بخلاف الغلام فكانا مختلفين كما كان اختلاف الجنس بل ليس الجنس في اللغة الا المقول على كثير من لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منها فاحشا بل انظر الى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعتبر في هذا دون الاصل) يعني المعتبر في انهما جنسان أو جنس واحد

والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رحمه الله في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخلل فاذا هو خرف فلا تغايرهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام (قوله في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالاسمى) وفي الجامع الصغير للترمذي اشار في البيع وسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا يتعلق العقد بالاسمى اذالم يعلم المشتري ان المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم يتعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعثك هذه الجارية وأشار الى العبد يتعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشترى جارية بهذه الدراهم وأشار الى الدنانير يتعلق التوكيل بالدنانير وذكر في الاسلام حجه الله انما يتعلق بالمشار اليه في متقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك يمكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعث هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالاسمى لان العقد يبنى على المسمى وهو المقصود والبناء على المقصود واجب ويختبر لغوات الوصف وذكر في الفوائد الظهريه ويثبت الخيار اذا كان الموجود ناقصا هكذا ذكره هنا وهكذا ايضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المصنف ان المشتري الخيار من غير تقييد بكونه ناقصا وهو الصحيح لغوات المقصود المدلول عليه بالاشراط (قوله جنسان للتفاوت في الاعراض) فالمبتني من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاما لا استخدام داخل الدار كالطبخ والكس والاستقراش والاستيلاد (قوله للتقارب فيها)

البيت كالا ستقراش
والاستيلاد الذين لم يصلح
لوصفها الغلام بالسكينة
والكس والتعجب جنس
واحد لان الغرض السكينة
من الحيوانات الاكل
والركوب والخل والذكر
والانثى في ذلك سواء فالعقب
في اختلاف الجنس واتحاده
تفاوت الاعراض دون
الاصل

كالخل واللبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما فلم تغاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذاري بفتح الواو بضمير قنبد والزندنجي ثوب منسوب الى زندنة قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شرح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة على مبيع ذكر التسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فانه قنبدية على ما سمي ويطلق بانها مدام واذا قال بعثك هذه الجارية فاذا هي غلام يطلق البيع لغوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة (٦٨) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار

اليمو يعتقد لوجوده لان العبرة اذ ذلك للاشارة للتسمية لان ما يبي وجد اشارة اليه فصار حق التسمية مقصيا بالمشار اليه وقد ذكر تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمدرجه الله اذ باع كبشا فاذا هو نعمة صبح البيع لكنه يخبر لغوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشترى كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه ناقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تنوب على الكتابة وقد ذكر صاحب المحط والعناية كذلك وقال نشر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدور الشهيد ان الموجود ان كان ناقصا من المشروط فان كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره واصل واحد منهما وجه أما الاول

كالخل واللبس جنسان والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بالف درهم حاله أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمس مائة قبل أن ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء

تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل يعني الذاتي ولذا قالوا (الخل مع اللبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزندنجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها وانجام الدال ثم راء مهملة نسبة الى وذاري بفتح الواو من قري سمرقند والزندنجي بزي ثم نون ثم دال مهملة ثم فون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الأخيرة والجبم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكره لابي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخبز جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع اللبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالباع باطل ولو باعه ليلاعا على انه ياقوت أحر فظهر أصغر صريح وخبر كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق بين المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهر الصفة الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود ناقصا وصح الاول لغوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضه الا الآن وكان مستند المفضلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مساعين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا بتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة أو مورها أو التجارة أو مورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فانه يقيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بالف درهم حاله أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز وعندنا وكذا لو اشترى عبدا أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتبائن الاملاك وكان كمالوا اشتراء آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما لآخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهم لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خبر وبيعها عنده ولكن ينقل الملك الى الموكل كما لو اشترى لنفسه فان فو رثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشترى وارثه يجوز في ظاهر الرواية عندهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز ولاختلاف الاسباب بالاشبهة وبه تختلف المسببات وبقولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل من الثمن وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل فالبنتى من السكك اللحم أو الوال كوب أو الحسل الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى

فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خيار فبالزام السكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا أو ما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خبر وان وجد أحد عشر فهو له بالخيار قال (ومن اشترى جارية بالف درهم) من اشترى شيئا بالف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمس مائة قبل نقد الثمن)

قال المصنف (والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذاري بفتح الواو بضمير قنبد والزندنجي ثوب منسوب الى زندنة قرية بخاري كذا في المغرب ٣ قوله كما اذا باع الخ كذا في نسخ ولعلها نسخة وقعت للسكك اه

وصار

فالبائع الثاني فاسد خلافاً للشافعي هو يقول المالك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذلك ما عدا ذلك باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من المثل وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً أعني سواء اشترى بالثمن الاول أو ناقص أو بكثرة أو بالعرض والاول ما أن يكون باقلاً أو غيره والثاني باقسامة جائز بالاتفاق والاول هو المختار فيه فالشافعي رحمه الله يجوز قياساً على الاقسام الباقية وما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضاً بالاتفاق ونحن لم نجوز بالانزو والمعقول أما الاثر فاقال محمد بن ابي حنيفة يرضه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأه سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتهامنه بثمانمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمان مائتين وبثمان مائتين أبلغني زيد بن أرقم ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فانها زينة بن أرقم معتذرة فقلت عليه قوله تعالى فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخرية الافعال لان العلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسداً وأن زيداً يعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعاً علان في المجتهدين كان بعضهم يخالف بعضها وما كان أحد هماً يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد بكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول (٦٩) والجواب أنه ثبت من مذهبنا جواز البيع الى العطاء وهو مذهب على رضي الله عنه فلا يكون كذلك ولا انها كرهت العقد الثاني حيث قالت بش ما شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانها تطرقا الى الثاني فان قبيل القبض غير مذكور في الحديث فممكن أن يكون الوعيد بالتصرف في المبيع قبيل قبضه أحجب بان تلاوته آية الر بادل على أنه للرب لا لعدم القبض فان قبيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كقاي تغريق الوالد على الوالد البيع فانه جائز مع وجود الوعيد أحجب بان الوعيد ليس بالبيع ثم بل لنفس التفرق حتى لو

وصار كولو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وقد باعت من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كيفية ما كان كولو باعه من غير البائع باقلاً من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بغير قيمة أقل من الثمن بجماع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون أن يقول كولو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه يذهب قيمته أقل من الدرهم الثمن لا يجوز عندنا استعساناً بخلافه فز قياسه على العرض بجماع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدرهم وجه الاستعسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمناً ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً أو ألزم ان اعتبارهما جنساً واحداً لوجب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب انه مقتضى الوجه بذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر اجزاء (ولنا قول عائشة) وذو قرية يسميهم قنيد والزندنجي ثوب منسوب الى زندنة قرية بخارا كذا في المغرب (قوله أو بالعرض) يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمته العرض أقل من المثل فانه جائز بالاتفاق ولو باعها بالدرهم ثم اشترى بالدينار وقيمة الدينار أقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استعساناً بخلافه فز وجه الله ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وهو أن امرأه دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها وقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية الى العطاء بثمان مائة درهم ثم بعتهامنه بثمانمائة فقالت عائشة بش ما شريت وبش ما اشتريت أبلغني زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فانها زينة بن أرقم معتذرة فقلت قوله تعالى فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد

فرو بدون البيع كان الوعيد لاحقاً أو ما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فلذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقيه فضل خد حانة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشترى البائع بواسطة مشتراً آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهة لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى بكثرة فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشترى البائع باقلاً من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدينارين قيمتهما أقل من الثمن الاول قياساً وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدرهم والدينار وفي الاستعسان لا يجوز لانهم من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني باقسامة جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول الامن وارنه نص عليه الاتعافي وغيره (قوله فقالت عائشة بش ما شريت) أقول أي بعث فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول هذا على حبل الترويج والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لانها تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد قوله لذلك أي اسكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أي بالبيع الى العطاء (قوله دليل على انه لا ربا لعدم القبض) أقول فيه بحث

بسمائة بعدما اشترت بسمائة بسماسريت واشترت أبي زبد بن أرقم أن الله تعالى أبطل جهده وجهاده
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

الى آخره مانع له المصنف عن عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد ان اشترت منه وحصل له الربح لان
شريت بمعناه بعث قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو راية أبي جنيقة فانه روي في مسنده عن أبي
اسحق السبيعي عن امرأة أبي السفران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها ان زبد بن أرقم باعني جارية بسمائة
دروهم ثم اشترها مني بسمائة فقالت يا بغيه ان الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
في هذا أن الذي باع زيدا ثم استرد وحصل له الربح له ولكن راية غير أبي جنيقة من أمّة الخديث عكس روي
الامام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أنها دخلت على
عائشة هي وأم ولد زبد بن أرقم فقالت أم ولد زبد لعائشة اني بعثت من زبد غلاما بسمائة درهم نسيته واشترته
بسمائة فقد افقالت يا بغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الآن تتوب بئس ما
اشترت وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التتبع هذا اسناد
جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني في العلية هي مجهولة لا يتحقق فيها نظر
فقد خالف غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين عسا من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا المحرم لم تستجيز أن
تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غير هذا لا يدرك بالرأي والمراد بالعليّة امرأة أبي اسحق السبيعي
التي ذكرتم أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا ان العلية امرأة مجهولة لا يتحقق بنقل خبرها
قلنا هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العلية بنت النعم بن شراحيل امرأة أبي اسحق
السبيعي سمعت من عائشة وقولها بئس ما شريت أي بعثت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت
العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد روي هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال
أخبرنا معمر والثوري عن أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فساءلها امرأة فقالت كانت لي

دليل على فساد هذا العقد والحق هذا الوعيد لهذا المنع لا يهتدي اليه العقل اذ هي من المعاصي دون الكفر
لا يبطل شيئا من الطاعات الا أن يثبت شيء من ذاك بالوحي فدل على أن ما قالته سماعة واعتذار زيدا يهتدي دليل على
ذلك لان في المجهولات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يقال انما ألحققت
الوعيد به لاجل الى العطاء لانا نقول ان مذهب عائشة رضي الله عنها جواز البيع الى العطاء ولا نهانها فذكره
العقد الثاني بقولها بئس ما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جازعا عند هالانه
صار ذمة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول صاحب بئس البيع الذي أوفعت في
هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل أنها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وأنها
رجعت عن تجوز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذا القبض لم يذم كوفي
الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربا حتى تلت عليه آية الربا وليس في بيع
المبيع قبل القبض الربا (قوله بئس ما شريت) أي بعثت لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى
وشروه بثمن بخس دراهم معدودة أي باعوه ثم انما قدمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول
باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد أيضا في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو فعله فالببيع جائز لا
فساد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا أيضا لما يمكن
الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اهتبر منفصلا في جواز البيع وكره ذلك نسبة الى التفريق وأما ههنا
لما كان الوعيد لشبهة الربا والربا مخصوص بالبيع فواجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربا واجب
الفساد لان شبهة الربا بالتحقق بحقيقة الربا فواجب الفساد كحقيقته (قوله ولان الثمن لم يدخل في ضمانه) لان

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها لآخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر باللاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها ولا يشيع الفساد لانه

جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمانمائة فنقدته الستمائة وكتب على ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الا ان تنوب وزاد فقالت المرأة لعائشة ارايت ان أجسدت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فن جاهدوه وخطت من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة وردها لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه اسنر بجمع ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصيغة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلته الجزء الذي اجتنب عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سفر فهو غير معتبر في العقد ولانه فتنو في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بالتقويم وقد ورد عليه تجوز بكون انكاره اشتقاقا لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذ كر في الحديث فلذا لا يصح هذا لانهم اذ منته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الر باوليس في بيع المبيع قبل القبض باول يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهرة في كونها الاشتمالا على قبول التوبة جوابا لقول المرأة ارايت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا مع التوبة فقلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوفها في القرآن في الر باو ورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد والسكان مع أمهم فرد الموم بوجوب الفساد فلم أو جبه هذا النهي اوجب بان النهي اذا كان لا مبرر رجوع الى نفس البيع أو جبه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكر للتغريق لالنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع ثم ففكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهما هو شبهة الر باو هو مخصوص بالبيع واشبهة الر باو حكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها لآخرى معها من البائع) بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (د) وجهه (أنه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر باللاخرى) والتي باعها (باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها) وهي التي ضمت اليها وورد عليه أن

الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصيغة التي خرج عن ملكه وتقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا لم يلب البائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الر ببحر ثم حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (قوله ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها) أي في المشتراة لكونه يجتهد فيه لما أن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كولو باع عبدا ومدبر احيى يصح البيع في العبد لضعف فساد البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز ان قيل أليس أنه اذا أسلم برافى شيرو زبيب يغسد في السكل عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا اذا أسلم قوهية في قوهية ومروية ثم ان

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجوز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر باللاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساد وفوتض بما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها الامنان في الاتقان فمس الامنة ونظر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهم أكثر من خمسمائة فلا يجزى فيه الاصل المذكور وأوجب

بان الفساد لغة تدل على جهات الجواز وبيانها انما جعلناه بازاء ما بها الفاعل وان جعلنا ألفا وجبة جاز وهم حرار ليس البعض بالجل عليه
أولى من بعض فامتنع الجواز وبه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض
بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة
تصلح أن تكون على الجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز من جهة عليهما تر جحها بكثر الأدلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال
جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والتر جح هنا للفساد تر جح للمعصية ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف
فيها لا مورا لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما أولافلان كونه مجتهدا فيه ان كان خلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف
الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف (٧٢) توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أهل اسلام القوهية

ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها اياها أقل من خمسة مائة المستلزم لشراؤها باقل
مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمس مائة لو باعها وأخرى معها بالف وخمس مائة لان عند
تقسيم الثمن عليهما يصيب كلاهما أكثر من خمسة مائة وليس فيه شراء مما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
لكن ذكرنا أنه أيضا فاسد أصابا جيب بان الفساد في هذه المعنى آخر وهو تكرر جهات الجواز وليس البعض
في الحل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأما الها حيث يتعري الجواز فيها لتعين جهة
الجواز على ما يجي في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم أن يمتنع ثبوت وجبه مبيعات تثبت له دفعة فيمتنع
تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يبيح الفساد في الجار تبين وما أشبه مع قول قائل اذا كثرت جهات
الحل بالمعارض يحرم والحق أن بينهما ما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهما المجوز موقوف على الاعتبار
فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكاد فان الاخر قول الاعتبار لا وجود له ومع ذلك
لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقيق الاعتبار فليست أم وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل
الى وجه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الاف وخمس مائة أقل من
خمس مائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة
تصحيحا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير حيث يصح ويتعري للجواز اعتبار
التصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قوله ما بل على قوله لان مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه
فسد كله اذا كان الفداء مقارنا ففسد المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما بيعت أولا ضعيف لاختلاف
العلماء فيه كذا كرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للآخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مديرا يفسد في
الآخر كذلك بخلاف الجميع بين حر وعبد واستدل كل بمالوا سلم قوهيا في قوهي ومروى فانه باطل في السك
عنده وعندهما يصح في المروى كمالوا سلم حنطة في شعير وزيت عنده يهطل في السك وعندهما يصح في حصة
الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هر وى في هر وى جائز عند الشافعي ولا خلاص
منه الابتغير لتعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما
وهو شرط قبول العقد في الهر وى شرط القبول في المر وى فيفسد في المر وى بالشرط الفاسد في الهر وى
فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو سلم ثوبا هر وى ياتي ثوب هر وى يجوز عند الشافعي رحمه الله
وكذلك يجوز عند اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقر ونبه وهو اسلام القوهي

في القوهية والمروية
مع ان فساد العقد بسبب
الجنسية مجتهد فيه فانه لو
أسلم قوهيا في قوهي جاز عند
الشافعي ومع ذلك تعدى
فساد ذلك الى المقر ونبه وهو
اسلام القوهي في المروية
واما لان الفساد في المشتراة
باعتبار شبهة الربا فلو
اعتبرناها في التي ضمت اليها
كان ذلك اعتبارا بالشبهة
النسبية وهي غير معتبرة
وبيانه أن في المشتراة شبهة
الربا بأن في المسئلة الاولى
انما لم يصح شراء ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن
لشبهة الربا لان الفواو
وجب للبائع بالعقد الاول
لكنها على شرف السقوط
لاحتمال أن يجد المشتري بها
عبدا فغيرها فيسقط الثمن
على المشتري وبالبيع الثاني
يقع الامن عنه فيصير البائع
بالعقد الثاني مشتريا لفا
بخمس مائة من هذا الوجه
والشبهة ملقطة بالحققة في

باب الربا واما لان الفساد طارئ لوجهين أحدهما انه قابل الثمن بالجار تبين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء او
مباعاة أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك
(قوله وبياننا انما جعلناه بازاء ما باعها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية يقر قوله والاولى ان يقال جهات
الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه أول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع
الى الفساد (قوله وفيه نظر أما أولافلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز ان يقال المراد من قوله مجتهدا فيه انه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف
الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلا لاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأجيب بان السلم
مبناه على المضاربة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع فينا سبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجيب في الكافي بجواب آخر فراجع

أولانه باعتبار شبهة الربا وأولانه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة

باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علم هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة
الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمر وتنفوا اعتبارنا تلك الشبهة في
التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبار الشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيه اعتبار الشبهة بان
الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري
وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا بالغا بمسماة ثالثة ان الفساد في الاول
طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهم ما لم يذكروا في العقد ما يوجب فسادا فانه قابل الثمن بالجاري يتبين
وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمته ما فيصير البعض بازا ما لم يبيع فيه ينفذ بفسد البيع
فيما باعه وهذا فساد طارئ لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني
فلا يتعدى الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن
الاول فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعه بألف ثم اشتراها بخمس مائة قبل النقد فنقصا الخمسمائة
بخمس مائة مثلهما فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمس مائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب
الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر في الاخرى كمن باع عشرين صفقة وبين ثمن كل
ثم ألحقا في ثمن أحدهما أجل هو وقت الحصاد ففسد البيع فيه ولا يتعدى الى الاخر فكذا ما نحن فيه وأورد
ينبغي أن يفسد العقد في الاخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرط القبوله
في الاخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فسادا لا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان
صحها وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لاعلى ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد
الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبي في نفعه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم
اشتراه منه باقل ان كانت الولادة نقصت جاز كل دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراه منه باقل وان لم تنقصها
في المروي والبرقي الزبيب قلنا ذاليس بطريق تعدى الفساد كزعم البعض بل باعتبار أن رأس المال شرط
هذه والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال
والشيخ الامام شمس الأئمة السر حسي رحمه الله استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر اسلام
القوهية في القوهية المروية وبهذا تبين أن الطريق ما قلنا في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة اسلام
الخنطة في الشعر والزبيب بان العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل أما في حصة الشعر فظاهر وفي حصة
الزبيب فقد جعل قبول العقد في الشعر شرطا في قبول العقد في الزبيب لان من جمع بين الشيتين في العقد
الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولذا لو قبل العقد في أحدهما دون الاخر لا
يجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدر لان العقد في المدر ليس
بفاسد ولهذا الواجرا القاضي يبيعه جاز دون ما قاله بعض مشايخنا لا يبيعه حنيفة رحمه الله أن الفساد اذا كان قويا
بجمعا عليه تمكن في البعض تعدى الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وسوى في الفصلين أي
فصل اسلام الخنطة وفصل اسلام القوهية على ما ذكرنا (قوله أولانه باعتبار شبهة الربا) من حيث أنه
يعود اليه كل رأس ماله معز يادة ليس بازا ثم اضمان وعوض وشبهة الربا كتحقيقه فلو اعتبرنا تلك الشبهة في
الجارية التي ضمت الى المشتراة لكانت اعتبارنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز (قوله أولانه طارئ) وله وجهان
أحدهما أنه ما شرط في العقد أن يكون بازا ما باعه أقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاري يتبين وهذه
المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمته ما فيصير البعض بازا ما لم يبيع فيه ينفذ بفسد البيع
يبيع فيه ينفذ بفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طارئ فلا يتعدى الى الاخرى والاخر بالمقاصة وذلك أن بائع
الجارية أولا لما باعه بخمس مائة ثم اشتراها وأخرى معها بخمس مائة نقاص الثمنان وبقي بعض الثمن فضلا

في كونه طارئا فلا يتعدى
الى الاخرى ولا يشككل بما
اذا جمع بين عيبين
وباعهما صفقة واحدة فان
الفسد مقارن لان قبول كل
منهما شرط لصحة العقد في
الاخر والعقد جاز في
العبد لان شمس الأئمة قد
قال البيوع في المدر غير فاسد
ولهذا الواجرا القاضي يبيعه
جازا ولكنه غير نافذ طبق
المدر وذلك لمعنى فيه لاني
العقد فلهذا لا يتعدى الى
الاخر والثاني المقاصة
قوله لما باعه بألف ثم اشتراها
قبل نقد الثمن بخمس مائة
فقصا الخمسمائة بخمس مائة
مثلهما فيبقى للبائع خمس مائة
أخرى مع الجارية والمقاصة
تقع عقيب وجوب الثمن
على البائع بالعقد الثاني
ففسد عندها وذلك لاشك
في طرده

(قوله لان شمس الأئمة قد
قال البيوع في المدر) أقول
تعليل لقوله ولا يشككل الخ
(قوله والثاني المقاصة)
أقول معطوف على قوله
أحدهما انه قابل للثمن

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بطرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه أن يطرَح عنه دون الطرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين بخلاف مقتضاه وان اشترى على أن يزن ويطرح عنه وزن الطرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنا

(٧٤)

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بطرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرَح عنه وزن الطرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في زق فرد الطرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم)

لا يجوز زلانه يحصل به رجحان على ضمائه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورتهما في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بطرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن يطرَح عن وزن الطرف فهو جاز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخلص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه فيطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الطرف قد تكون أقل من خسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدهما فرع عليهما وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له رزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجد السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع ميمنه الآن يقيم البائع البينة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلاف ارجعه الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه بخلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمثلين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر برده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سياتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلاف في الثمن أوجب عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لا نكارة الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكارة الزيادة وعن الثاني بان التحالف على خلاف القياس فيها عند دور وداختلاف في الثمن قصد او هذا الاختلاف فيه تبسع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أولا فلا يوجب التحالف (قوله وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يتخلل الخمر أو يريها بسبب

في زق الخ) ومن اشترى سمنا في زق فرد الطرف فوزن في زق ورد الطرف فوزن بخمسة عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما أن يعتبر في تعيين الزق المقبوض أو في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالغاصب (أو أمينا) كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن (فيكون القول للمشتري) لانه ينكر الزيادة والقول قول المتكبر مع ميمنه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف أوجب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والقيمة فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر أو ما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب جبهه قال (واذا أمر المسلم نصرانيا

من غير أن يقابله عوض والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئا (قوله لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد) لان مقتضى العقد أن يطرَح عنه وزن الطرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من خسين أو أكثر فكان شرط مخالفا لمقتضى العقد ولانه يؤدي الى جهالة المبيع أو وجب أن يبق له بعض الزيت بغير الثمن أو أن يؤدي عن ما لا يصل اليه من الزيت (قوله ضمينا كان كالغاصب) أو أمينا كالمودع (قوله فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن) والقول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يخالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن تبع لاختلافهما في الزق والاختلاف في

بيعه خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع وعلى صيده على هذا الخلاف فلا يملك لا يلي هذا التصرف فلا يملك غيره كتوكيل المسلم بجوسياتر ويججوسية ولا يثبت للتوكيل ينقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه لم يجوز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعترف في هذا الباب أهلستان أهلية التوكيل وأهلية

قال المصنف (ومن اشترى سمنا في زق فرد الطرف) أقول ذكره استطراد في فانه ليس من مسائل البيع الفساد

كان الذي فاسلم فمات قبل التخليص والتسييب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى قوله لان ثبوت الحكم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوراثه الخ

سفر لا غير قال (ومن باع عبدا
على أن يعتقه المشتري) شرع
في بيان الفساد الواقع في
العقد بسبب الشرط
وذكر أصلا جاعلا لرفع
أصحها بنا وتقرر به أن
الشرط ينقسم أولا الى
ما يقتضيه العقد وهو الذي
يفيد ما ثبت بمطابق العقد
كشرط الملك للمشتري
وشرط تسليم الثمن أو
المبيع والى ما لا يقتضيه وهو
ما كان بخلاف ذلك وهذا
ينقسم الى ما كان متعارفا
والى ما ليس كذلك وهذا
ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد
المتعاقدين والى ما ليس فيه
ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه
منفعة للمعتود عليه وهو
من أهمل الاستحقاق والى
ما هو بخلافه ففي القسم
الاول حاز البيع والشرط
يزيده وكادة لا يقال خسر
النبي على الله عليه وسلم عن
بيع وشرط وهو باطلافة
بقتضي عدم جوازه

;

لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث أقادما أفاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني (٧٧) وهو ما كان متعارفا كبيع الثمر

مع شرط التثريب كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لعرف فيه بجماع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسد الوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصد المقلب بين المبيع والتمن خلا الشرط عن العوض وهو الرابح لا يقال لا تطلق الزيادة الاعلى المجانس للحريد عليه والشرط منفعة فكيف يكون بالانه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعرض عنه بشئ فكان ربا ولا يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعبري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة لامة قدود عليه

(قوله لانه في الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فيه من النبي عليه الصلاة

ثم جلة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو لامة قدود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط فان الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه بطلان قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أقتضى عندك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق ورد اشترطهم الولاء لانفسهم والعنق من عائشة رضي الله عنها وهذا لا خلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه لا يغلو لا يمكن المشرط عليه أن يفعل له فيتم البيع كأنه لم يذ كر اذا كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريء وأما الحنفية فأنما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص و يطلب معه أسباب الترجيح والمخرج هنا العام وهو أنه من بيع بشرط وهو كونه مائة وحديث بريء مخرج فيجعل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصلية أن ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلالة لم يقع في طلب العقد كذا قاله الشافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبل المرسل عند كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذ لم يصرح فيه بجحد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع مالم يضمن عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطنه قال بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع مالم يضمن عندك وروى مالم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط أن يقرضه دراههم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي ذلك مما سياتي (قوله ثم جلة الامر فيه) أي في الشرط (انه اما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يجلس المبيع الى

نفس المتصرف فيعتبر أهلية الموكل لنفسه المتصرف (قوله ثم جلة المذهب فيه) أي الاصل السلكي الشامل لغرض أصح بان يقال كل شرط يقتضيه العقد أي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه ثبت بمطلق العقد فلا يفسده الشرط الا ما كبدا وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا أنه يلازم البيع أي يؤ كدم وجبه كالبيع بشرط أن يعطى المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا وهو معلوم بالاشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضا لان الرهن شرع وثيقة وما كبدا لجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فسيأتي كده يلازم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فسيأتي كدها يلازم العقد فلا يفسد فان لم يكونا معلومين فساد البيع لان جهالة الرهن والكفيل تغضي الى النزاع فالمشتري يعطيه رهنا أو كفيلا والبائع يطالبه بأشعر وكل شرط لا يلازم العقد الا أن الشرع ورد بجوازه كالتخيير والاجل أو لم يرد الشرع بجوازه لكنسه متعارف كشراء النعل على أن يحذوها أو يشر كها لا يفسده أيضا استحسانا للتعامل وهو حجة بترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلازمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو لامة قدود عليه وهو من أهل أن يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط أن لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه أن لا يتداوله الا بدي وان لم يكن من أهل الاستحقاق بان اشترى فربا بشرط أن يعلفه كذا من ان الشئعير أو لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن

والسلام (قوله لانه معلول الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجماع كونه شرطا) أقول مفضيا الى ان زيادة العار يتعن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يجب أن لا تتداوله الايدي وتحم العبد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الر با ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في آخر ما زارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب أن الاعتبار بالمطالبة وهي توجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شرط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان فضيلة الاطلاق في التصرف والتخيل لا الزام والشرط يقتضي الزام حتما والمنفعة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما قلنا انه فاسد والغاسد ما يكون مشروعا باماله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروضا الشرط (٧٨) كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي

الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان بشرط فانه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف مع قوله يقيسه لانها غير ان يصح قياس أحدهما على الآخر ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها استعجنها في المكاتب فقالت ان شئت عدتها لاهلاك واعقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيره في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والجملة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحد يثنى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعاشت رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا وعدت لها أن يعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الرج وميتهم النفس وانصاب قوله نسمة على الحال على معنى مرضا العتق وانما صاع هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كأنها اسم لها هو بعرض العتق

أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عار يتعذر العوض فيؤدي الى الر با ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا أن يكون متعزفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكدا لوجوب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الاجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للاجتماع على ثبوت شرطه على رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا لماسياني وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بان رهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله التوثق بالثمن فيكون كاشترط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا لحضره وقبل قبل أن يتفرقا جاز فلو بعده أو كان حاضرا لم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن معي ولا مشار اليه لا يجوز بالاتفاق لان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا بشرط حضرته لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد العقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقدا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خبر البائع في الغش وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما يفرضه منفعة لاحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كأن اشترى حنطة على أن يطعمها البائع أو يتركها في داره شهر أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لانه يجب أن لا تتداوله الايدي وكذا على أن لا يخرج من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على أن يبيعه جاز على أن يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لانه طالب بالو كذا اذا كانت المنفعة لغير العاقد ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجد أو طعما على أن ينصدق به فهو فاسد ما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في أبي يوسف رحمه الله أنه يفسده بالبيع (قوله أولا انه تقع بسببه المنازعة) لانه متى كان منفعا به كان مرغوبا

عددتها لاهلاك واعقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيره في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والجملة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحد يثنى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعاشت رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا وعدت لها أن يعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الرج وميتهم النفس وانصاب قوله نسمة على الحال على معنى مرضا العتق وانما صاع هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كأنها اسم لها هو بعرض العتق

قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسر المصنف بما فسر قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

منفعة فيه لاحدا لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانهم انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الر با ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالتزام حتموا والشروط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود وعليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق مع البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ينيق فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لتعني الاعمال كذا في المغرب فان وفي بالشروط واعتق بعد ما اشتراه مع البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال ينيق فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط أو لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا للحقيقة الحرة يتحقق الجبرية (ولا ينيق فاسدا حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلازم العقد

المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخرة نصيبه أو يهبه ان المزارعة جائزة والشروط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرى قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الر با) وما بطل الشرط الذي فيه المنفعة المبيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الر با ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يديره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصحه ثم ان اعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف (ويقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس وأما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المتيسر عليه الآن قوله لان يشترط فيه ففهم من قوته أنه نفس بعباده كخرخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه وحينئذ يقول الاعراض عليه بانه حينئذ لا قياس قال (والحجة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهب ولهذا خصه بحديث بريدة وجوابه ان ليس في حديث بريدة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصل القياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرض للعتق وغير بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فلك الرقة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لمعارض للعتق فعولمت معاملة الاسماء المتضمنة لتعني الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحا حتى يجب الثمن عنده وما لا يعود صحا فتلزم قيمته أو ما لو اعتقه قبل القبض فلا ينيق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لغساده البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسدا (فلا ينقلب جائزا

فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع متى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تعديرا ولم يكن له طالب فلا يؤدي الى الر با والنزاع فان قبل لما شرط المشتري أو البائع شرط في العقد فالظاهر أنه يجري على وجهه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهرا وروى عن النبي عليه السلام غرس عن بيع بشرط فيعذر ذلك لا يجري الشارط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح (قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة) والنسمة النفس من نسمة الرمح ثم سميت بها النفس ومنها أعتق النسمة والله تعالى بارئ النسمة وأما قوله ولو أوصى بان يباع عبده نسمة سميت الوصية فالمراد ان يباع للعتق أي لمن يريد أن يعتقه وان تصابها على الحال على معنى معرض للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق ونحوه صافي قوله عليه السلام فلك الرقة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لها هو معرض للعتق فعولمت معاملة الاسماء المتضمنة لمعاني الاعمال كذا في المغرب (قوله لان يشترط) فيه نفى لما قاله الشافعي رحمه الله أن تفسيره البيع بشرط العتق (قوله فالحجة عليه ما ذكرناه) أي من الحديث والمعقول وهو أنه يفضي الى الر با والنزاع (قوله فلا ينقلب جائزا) أي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مغسدا كان تحقيقه تفسيرا لفساده

على ما ذكرناه (من تقييد التصرف به المغاير لاطلاق) ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للمالك والمنهي لاشئ مقرر له ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب (في النظر) (٨٠) إلى جهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد

كما اذا تلف بوجه آخر ولا يوجب حنيفة رجسه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للمالك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملاممة فيقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاممة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخرجه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهمين أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شي من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها ما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

تحققت الملاممة فيرجح جانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخصص من ورطة شبهة لا تكاد تتحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما أن يكون فاسدا أو لافان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد للتلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقدية في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاممة جائزا من حيث الحكم فقلنا بافساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم يعكس لان لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقيم بخلاف ما اذا تلغى بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان المالك لا ينتهي به بايقين لاحتمال قضاء القاضى بجواز بيع المذبر وأم الولد والمكاتب تخير في الاجازة والانتهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كافي الاعاق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخرجه

كل لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقباضا على تدبيره واستيلاده فان هناك الضمان بالقيمة اتفقا فهو أوفى بالشرط اعتبار الحقيقة الحرة يتحقق الحرية (ولا يوجب حنيفة أن شرط العتق وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخير إلى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائمه لانه) أي العتق (منه للمالك) الذي هو أثر البيع (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا تقرر له فكان صحها (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا اطلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير بهذا الشرط ملائمة ينبغي على مجرد جهته المغسدة ولذا الوما لا ينقلب صحها لان عبوته لا يصير شرط العتق ملائمة وهو المنظر اليه في افساد العقد وتحججه وكون شئ آخر كالموت ونحوه ملائمة لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائمة وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحها اذا بره المشتري أو استولد هالانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائمة لانه يتيقن امتناع ورود المالك عليه ولو لم يجد الجواز أن يحكم قاض بجهته فيهما فتقرر الفساد وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي أن يكون العقد صحها في الابتداء عند اضطراره أوجب بانه من حيث هو مخالف لقضى العقد وانما يلائمه باعتباره حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققة بقضية ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يبطأها المشتري أو لا يبطأها فالبائع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لمالابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طائل به (قوله) وكذلك لو باع عبدا على أن يستخرجه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دوام أو على أن يهدي له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشتري قبضا أو قباه فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) وقد ورد في عين بعضها نهى عن بيعه وهو (نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي قرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شئ من الثمن) بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع و بازاء أجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها ما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فبتناول

وافعال الفساد كسائر الشروط للمفسدة كافي البيع الى النيروز والمهر جان (قوله من حيث ذاته) لا يلائم على ما ذكرناه من أن قضية العقد الاطلاق والتخير في جميع التصرفات لا الازام حتما ولكن يلائمه بحكمه لان العتق ينهى المالك فان المالك في بني آدم ثابت الى العتق والشئ بانتهائه يتقرر ومقرر الشئ مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فلم يعيب به رجح بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لجود

البائع شهر الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضها العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشتري درهمين احترازا عما اذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضني فلان الاجنبى ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لانهم لم يلزم الاجنبى لانها ليست في ذمته فيبطلها الكفيل ولا زيادة

كلامه الاعتبار من المذكور بن رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سمك عن عبد الرحمن بن
عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما بئوته ففقد رواه
البراري في مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه وروى عنه بالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن
سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك
هذا نقد ابتكدا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث مرفوعة الصفة في الصفقتين
وبأن يؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثرا فائدة فإن كون الثمن على تقدير
النقد الغاؤه على تقدير النسيئة ألغى ليس في معنى الرابح بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة وأعلم أنه روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعه ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث
ظن أنه معنى الأول وليس كذلك بل هذا أحص منه فإنه في خصوص من الصفقتان وهو البيع وفسره
الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبسعي غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجهت لك دارى
وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلا غاؤه في فتاوى الولول الجي
لوقال بعثك هذه الدار بالف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دواهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد
البيع لأنه لا يلزم الاجنبي لأنه لو لم يقرضه فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه
الى الأول لأنه ليس في ذمة المشتري فكيف يجعلها الكفيل ولا الى الثاني لأنه لم يقل على اني ضامن واذا لم يلزم
الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لأنه لو ثبت انما يثبت اذ لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد
سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بيع عبد لمن فلان على أن الثمن على العبد فلان حكى عن أبي الحسن
الكرخي أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص * (ق ر ع) * باع أمة بشرط أن
يطلقها المشتري أو أن لا يباعها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيه ما لا مذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا
تعيين أحد الجائز بن وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقضي به وعند محمد يصح
فيهما ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنيبا لا يفسد العقد وذكر القدرى أنه يفسد
ولو لم تكن فيه منفعة ولا ضرر كأن اشتري طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز وذكروا
الامام قاضيان العقود التي تتعلق بتمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البطل
وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد
والاجهالة البطل وهو معاوضة المال بماليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم جدد وقسم له شبه بالبيع
والنكاح وهو الكتابة بطلها اجهالة البطل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشرط
الفاسد ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال
والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعليق ايجاب الاحتكاف بالشرط والمزاولة
والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال
واعتق بمال وبالمال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة
والهكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن
العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجرأة التي فيها القصاص حالا ومثلا وجناية الغصب والوديعة
والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها احوالة أو كفالة وعقد الزمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط
وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ولا يبطل الشرط وكذا الحجر على
المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط
وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالخاضل أن كل ما كان من قبيل التملك أو التقييدات لا يصح
تعليقه في الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والهكيم عند أبي يوسف

في الثمن لأنه لم يقل على أني
ضامن بخلاف اشتراط
الاقراض على المشتري لان
النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وسلف وأيضا
اشتراط الخدمة والسكنى
يستلزم صفقتين في صفقة
كما ذكره في المن

قال (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى (٨٢) رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع

توفيها في تحصيله بانساع المدة فاذا كان المبيع أو الثمن حاصلًا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازًا عن السلم فان تركه اجل فيه مفسد للمعاوضة الى التحصيل قال (ومن اشترى جارية الاجل الخ) ذكر في هذا الموضوع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام الاول مفسد فيه العقد والاستثناء والثاني ماصح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ماصح فيه كلاهما أما الاول فكالمبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا

جاءها أو أحدها على جارية الاجل أو رهن جارية الا جملها أو كاتب عبده على جارية الاجل فاسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير المبيع في معناه من حيث انهما معاوضة والمبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطًا فاسد فيها فيفسدها وذلك ما ذكره من الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والجل من هذا القبيل وقد تقدم في أول المبيع وهذا لان الاجل بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقته وبسبب الاصل يتناولهما فلا يستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطًا فاسدًا او المبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة المبيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة من قبيل التملكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح المطحاني من قبيل التملكات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عيناً على أن لا يسلمها) ايها (الى رأس الشهر فالمبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطًا فاسدًا وهذا لان الاجل شرع توفيها فيليق بالديون) لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالاجل الترفيع بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تاخير تسليمه اذ فائدته الاستصحاب به وهو حاصل فيكون انصرار بالبائع من غير نفع للمشتري (قوله ومن اشترى جارية الاجل فاسد المبيع والاصل) الممهد لتعريف ما يصح استثنائه من العقد وما لا يصح استثنائه هو (أن ما لا يصح افراده بالعقد) ابتداء (لا يصح استثنائه من العقد) وما يصح يصح وبما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثنائه وهذا هو كون الجل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقته) كرجل الشاة وألية حاجي أنه يقرب بالمقراض وأطراف الحيوان لا تنفرد بالعقد اجزاء ومن فروعها بعثك هذه الصبرة الاقضية منها بكذا يجوز لأن افراد قضيتهن بالمبيع يجوز ولو قال بعثك هذا القطيع من الغنم الاشياء باللف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لاتقاء الجهالة حيث يجوز لحوازا افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عدد متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه له يبيعه صلى الله عليه وسلم عن بيع الجل ولما أن ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله المصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما يتناوله اللفظ كالمغناجيع لا يتناولها الم دارفلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الاصل يتناولها) أي الاصل والتبعية (فلا استثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الاخراجا من حكم المصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه أن يرد بان تناول فيه الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أي طريق الاستثناء ومهيجه لاحقية موجه وذلك لا يجوز واذا لم يضح الاستثناء بقى (شرط فاسدا) وفيه نفع للبائع (والمبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة المبيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة) والاحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بها لانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الآن المفسد

الحال قبل ذلك موقوفان أن يبقى فاسدا كما كان أو ينقلب الى الجواز بالاعتاق (قوله لان الاجل في المبيع العين) قيد بالعين احترازًا عن المسلم فيه لان الاجل شرع توفيها لانه كمن المشتري من التحصيل في مدة الاجل أما العين فمفصل فلا حاجة الى ذكر الاجل للتزفيه فاذا شرط فيه يكون شرطًا فاسدا والمبيع بنفسه بالشرط الفاسد (قوله والاصل أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد) لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على أنه بمنزلة طرف من أطراف الحيوان واستثناء الأطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصد الاتباع والاطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعًا فاذا لم يصح الاستثناء بقى شرطًا فاسدا لانه خلاف موجب العقد (قوله فلا استثناء يكون على خلاف الموجب) أي موجب العقد لان العقد يتناولها وعلى خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما دخل مقصود في صدور الكلام وهذا دخل الجل تبعًا لمقصود اذ الكتابة والهبة والاجارة والرهن بمنزلة المبيع بان يقول كاتبك الاجل أو وهبتك

الموجب لدلالة الله على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الجل تابع غير

قال المصنف (لان الاجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازًا عن السلم فيه فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص

فيمضي ذكره شرطاً فاسداً (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متممها كما في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخمر وأعلى قيمته حيث دخل في البدل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على المكتاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهائه مال في حق المولى ولا تصح إلا ببدل معلوم وتحتل الفسخ ابتداءً وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرطه كما في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتك فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العقد فإنها لا تبطل بالشرط الفاسد لأن الفساد باعتبار إرضائه إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات وأسقاطات والهبة وإن كانت من قبيل التملكات لكنها عرفت بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فإنه صلى (٨٣) الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للعمرى حتى يصير لورثة

غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهمة والصدق والنسكاح والخالع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الجمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الجمل ميراثا أو الجارية وصية لأن الوصية لأخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها

في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على حجر أو
خزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لم تكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فإنه يقسم بالشرط
السكّان في صلب العقد وغيره وإنما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من حيث
أن أحد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انحاهو بالنسبة إلى السيد في الانتهاء وكان له شهران
شبهه بالبيع وشبهه بماله ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع
ولم يفسد بماله كذا ذلك لشبهه بالعقود والنكاح وهذا لا يفسدان مطلقاً بالشرط السكّان في صلب
العقد ولا في غيره (و) أما (الهبوط والصدقة والنكاح والخلع والعلم عن دم العمد) فلا يبطل بالشرط
الفاسد ويبطل الشرط (ف) (لأنه يبطل باستثناء الجمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الاجلها
أو تزوجت علي هذه الجارية أو ائتمنتني عليها الاجلها أو اجعلها بديل الخلع لاجلها أصبحت هذه التصرفات وبطل
الاستثناء ويندخل الجمل والهبة وان كانت من قبيل التملك لكن عرف بالنقص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد
لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود المعمر فنصب عمرى لورثته الموهوب لآل الورثة المعمر
أما الوصية فلا تبطل باستثناء الجمل بل تمنع بالاستثناء (حتى يكون الجمل ميراثاً أو الجارية وصية لأن الوصية
أخت الميراث والميراث يجري في الجمل بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية لا خدامتها أو
الاغلمات حيث لا يصح الاستثناء (لان المسيرات لا تجري في الخدمة) والغسله بانقراده احتسب لو أوصى

الاجل أو رهنه تلك الاجل (قوله غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد) أي ما يقوم به العقد كما إذا كاتب المسلم عبده على خرا أو خنز برأوقبته وأما لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مال البعد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه الفسخ من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلاث مراتب وفي وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة

بان قال أو صيت بخدمة هذه الجارية للغلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بان هذا العكس غير لازم وإنما سلم فلان سلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعدم الوصى ويدخل الموصى به في ملائمة الوصية له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يتناول له لفظ العقد مطلقاً وقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدًا وعكستم الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الجمل حيث جعلتم الاستثناء في الجمل صحها لصحة أفرادها بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة أفرادها بالعقد فما الفرق بينهما والجواب أنما معنا العكس وجوباً وانما معنا نفياً وهو الفرق بينهما أن تصح الاستثناء بقضاء بقاء المستثنى لو ارث الموصى فما صلح أن يكون مورثاً كالجمل صحها ومالم يصلح كالخدمة منعناه

(قوله والميراث يجرى فيه تبعالاه فلا يغيبه وان أراد جريانه بطريق الاستعلال فظاهر انه ليس كذلك فليست امله في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قباء فالبيع

بخدمته الجارية أو غلبتها الغلان فبات فلان بعد صحة الوصية لا تروثه خدمتها ولا غلبتها بل يعود الى وراثته الموصى بخلاف مال أو وصي يحمل جاريته لا يخرج حيث يصح ويكون له وأورد على الأصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناءها واجب يمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجره في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمننا لا يصح أجره وأن الوصية ليست عقدا حتى يصح قبول الموصى له بعدم موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا * (فروع) * باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلا لما روي عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما وعن أبي يوسف ولو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال يبعك هذا العبد بالف لاصغه بخمس مائة عن محمد جاز في كله بالف وخمس مائة لأن المعنى باع نصفه بالف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين يبعه بخمس مائة ولو قال على أن لي نصفه بثلاث مائة أو مائة دينار فسد لادخال صفة في صفة ولو قال يبعك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريا بقا الى داري هذه الدار فسد البيع ولو قال الا طريا بقا الى داري الدار فسد لادخاله جاز طريا بعه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريا بقا للمشتري في الدار وعلى أن ياب في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طريا بعه فظهر أن لاله يرد ولو باع بالف دينار الدارهما أو الا ثوبا أو الا كرا حنطة أو هذه الشاة الواحدة لا يجوز ولو كان يبعها جاز ولو باع دارا على أن لا يبناء فيها فاذا فيها ببناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن يبناءها من آخر فاذا هولن فهو فاسد ببناء على أنهم ما جنسان كولو باع ثوبا على أنه هروي فظهر بالحقس ولو باع الارض على أن فيها ببناء فاذا لا يبناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلاها وسفلها فظهر أن لا علو لها ومثله لو اشترى باجداها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قباء فالبيع

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا يعيده قال ههنا صفة في صفة وفيها تقدم صفتين في صفة وكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مروى قبل قال ههنا صفتين لأن فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفة اذ ليس فيه

والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يطلها الشرط القاسدة فتصح ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الر بافتحق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جاز والعقد جاز وهو ما اذا أوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف مال أو وصى بجارية لانسان واستثنى خدمتها أو غلبتها حيث يبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيها مال الارث ألا ترى أن الموصى له بالخدمة أو الغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصى ولا يصير مور ونا عن الموصى له وكذا لو أوصى بربتها لانسان وبخدمتها لاخر ومات الموصى له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك الرقة دون وراثته الموصى له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا عن الموصى له فان قيل لما كان الأصل مالا يصح افرادها بالعقد لا يصح استثناءه لزم من هذا أن ما يصح افرادها بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افرادها بالعقد بان قال أو صيت بخدمته هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب أن يصح استثناءه قلنا يمنع أولا ذلك العكس ألا ترى أنه ذكر في الاجارات وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجره لم يلزم من هذا أن كل ما لا يصح ثمننا لا يصح أجره بل يصح أجره وان لم يصلح ثمننا كالأعيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح أثمانا وتصلح أجره ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه أحدها أن الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح الاستثناء فيما دخل في المستثنى منه ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناءه والثاني أن الوصية ليست بعقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعدم موت الموصى فلا يتناولها ما ذكر من لفظ العقد مطلقا ولذلك يدخل الموصى به في ملك وراثته الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يكون عقدا والثالث أن ما لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة الى وراثته الموصى والارث لا يجري في الخدمة

فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ماسر (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع قال أو يشرها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيننا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبيغ الثوب وللتعامل جواز الاستصناع قال

فاسد) باجتماع الأئمة الأربعة (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ماسر) من امتناع الصفقة في صفقة إلا أن هناك على تقدير واحد وهو كون الخطا به قبلها شيء من الثمن فهو شرط اجازة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعادة في بيع (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أو يشرها على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقة أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي أن يجعل معها مثلا آخر ليم نعل للرجلين ومنه حذف النعل بالنعل أي قدرته بمثل قطعته بدل عليه قوله أو يشرها ففعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لأن يشرها على أن يجعل له شرا كافلا يد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد قال) المصنف رحمه الله (ما ذكره) يعني القهطري (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين (وفي الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله في ديارنا شراء القبة على هذا الوجه أي على أن يسهر له سيرا (وصار كصبيغ الثوب) مقتضى القياس منه لانه اجازة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبيغ ولكن يجوز للتعامل ومثله اجازة الغنم مع لزوم استهلاك اللبن حاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجازة فعل الصبيغ والحضنة في استئجار الصبيغ والظفر والابن آفة فعلهما (وللتعامل جواز الاستصناع) مع انه يبيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشرط أن يفعل من هذا ذكره هشام عن محمد اشترى شاة على أن يحامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان واضحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي أما في الجوارى يصح قول واحد وهو قولنا ذكره هشام عن محمد اشترى جارية على أن يحامل يجوز البيع الآن يظهر أن المشتري يريد لها الفلانة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لان البائع يذ كره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أن يحامل أو ابون لم يذ كره محمد واختلف فيه فالكفرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون ابنها هذا المقدار أو أكثر من هذا إلى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يعرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بما تعلق على أن يحط قلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذ به بما تعلق ان شاء تركه وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبي ديناراً من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما إذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له

لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح (قوله على ماسر) وهو قوله ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يعلها شيء من الثمن إلى آخره (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها) أراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه هذا النعل بالمثل قطعها به وحذا نعلها وشرك النعل من التشريل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله ووجهه ما بيناه) وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين إلى آخره وجه الاستحسان

احتمال العلوية قال (ومن اشترى نعلا) جذ النعل بالمثل قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثل وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشرها البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجازة فطبا كصبيغ الثوب فان القياس لا يجوز اشتراط الصبيغ لصبيغ الثوب لان الاجازة عقدت على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبيغ لا الصبيغ وحده لكن يجوز للتعامل بجواز قال المصنف (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو يشرها فالبيع فاسد) أقول أراد بالتعل الصرم تسمية للشيء باسم ما يؤل اليه كذا في شرح انكاك وخبر يشرها للنعل بمناه الحقيقي على طريقة الاستحسان

(والبيع الى النبر و زوال المهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهى مقضية الى المنازعة فى البيع لا بتسليمها الى المالكين الا اذا كانوا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والذبياس والعطاف والجزاز لانها تفسد وتؤخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة البسيطة

دينا من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حطة مشترطة وما لها إلى الشراء بالثمن الانقاص ولو باع
 رقيقة الطريق على أنه له حق المرو وأوالسفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على أنه شريك
 المشتري في نصف هذا فسد ولو قال نصفه ما جاز كولو باع هذا الثوب قال أنا شريكك في نصفه ومقتضى النظر
 أن يجوز الأول أيضا لأنه في الحاصل يبيع أحدهما بعبئته ونصف الآخر شائعة عاقبة ولا مانع من ذلك ولو باع
 هذا بالف الانصاف بسفائة فقد باع نصفه باربعائة (قوله والبيع إلى الثبر وز) وهو يوم في طرف البيع
 وأصله نور وزهر وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نور وز حين كان الكفار يبتغون به
 والمهر جان يوم في طرف انخر يف معرب مهر كان وقيل هـ ما عديدان للعبوس (وصوم النصرى وفطر
 اليهود اذ لم يعرف المتبائع ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليق أن المراد بالتأجيل هنا هو الثمن
 لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليق فساد تأجيل المبيع بجهالة
 الاجل وبقوله (اذ لم يعرف إلى آخره) أن الفساد بالتأجيل إلى هذه بناء على عدم معرفة خصوص اوقاتها
 عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قبل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم
 والحاصل أن المفسد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل إلى فطر
 النصرى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدّة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم ان
 كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أو المال كان ثمنه ينافي فساد البيع بالاجل
 فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسد التأجيل المبيع عند قوله ومن باع عبدا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر
 وقوله (لا بتناهم على المماكسة) المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود
 في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبه في الجملة وعند جهالة
 وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشترع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصلح
 تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكهالة (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج والحصاد)
 بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر
 وأصله الدواس بلواولانه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها (والجزاز) أي جزاز صوف الغنم لانها تقدم
 وتناخر) وذكرهمس الائتم أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل إلى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة

أن فيده رفاظا هرا وفي النزوع عن العادة خرج بين فصار كصبيغ الثوب لان القياس أن لا يجوز لان الاجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزها للتعامل وكلا الاستصناع فان بيع المعلوم لا يجوز وانما جوز زناه للتعامل (قوله والبيع الى النبروز) أي بتأجيل الثمن الى النبروز والمهر جان تعريب مهران وهو اسم للخريف (قوله لجهالة الأجل) لان النبروز يختلف بين نبروز السلطان ونبروز الدهاقين ونبروز الجحوس (قوله لا بتناهما على المما كسة) أي لا بتنا البيوغ المكس في البيع استعقاص الثمن من باب ضرب والمما كسة والمكس في معناه والمكس أيضا الحياتة وهو فعل المكس العشار ومنه لا يدخل صاحب المكس في الجنة (قوله لان مددة صومهم بالا يوم معلومة) وهي خمسون يوما كذا ذكره الترمذي في رحمه الله (قوله الى قدوم الحاج) أي الى وقت قدوم الحاج (قوله لانها تتقدم وتتأخر لانها من أفعال العباد) فيثبت بحسب ما يبدو لهم والا آجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس (قوله وهذه

متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلف الصواب رضى الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل
الا يرى انها تتحمل الجهالة في أصل الدين بان تسقط بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا
يحملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما ذاب باع. طالعنا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جازلان

متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالته جهالتها وتحليل الدليل
هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبنى على المسامحة فهذه متحملة
فيها وعلى هذا السؤال المورد من قبل شمس الانتم وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن
يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملاً لا ترى أن الصادق يتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه
ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنى عن هذا المصل ثم أجاب بان الاصح صحة هذه الآجال في
الصادق خلافاً لقول البعض انها لا يصح تأجيل الصادق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة
في الصادق كجهالة الوصف وهو رد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجب باعذار كقول
(لاختلاف الصحابة) أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة
رضي الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في
عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلاً اذ ذلك لصدق الخلفاء الراشدين
في معادهم في صرفه وأما الآن فيتنازعون واعددهم كثير فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا
فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلاً نحو يوم أو يومين فاهدرته
عائشة واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاشحة
هى ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم
فاعاد الصبر عليه لانه للكفالة اذ يستلزم ينابيع الأصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلاً
الى كذا الذى قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا يرى الى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله
أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثله وان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم يتبق جهالة
الافى الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بان بعض الكفالة
تتحمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب على فلان والنزوب غير معلوم الوجود فلان يتحمل جهالة الوصف
فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يتحملها في أصل الثمن فكذا في وصفه) فاجبه عليه أن يقال لا يلزم من عدم
تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الأصل أقوى أجيب بان الاشتراك في العلة نوجب
في الحكم وعلة عدم تحملها في أصل الافضاء الى المذازمة وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره
من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت في أصل العقد أما اذا عتد بلا أجل وهو قوله (بخلاف
ما ذاب باع مطلقاً) أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صححها (ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات) فانه يجوز التأجيل

الجهالة يسيرة مستدركة) أى يمكن تداركها وازالته لاختلف الصحابة فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت
تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رضى الله عنه لا يجيز ذلك واختلاف الصحابة رضى الله عنهم دليل على
أن الجهالة يسيرة اذ لا خلاف لاحد في فساد البيع عند تغايش الجهالة كالبيع الى هبوب الريح ويجوز المطر
(قوله ولانه معلوم الاصل) يتحمل وجهين أحدهما أن المكفول به وهو أصل الدين معلوم وانما الجهول وصفه
وهو الاجل والوصف تابع الاصل ثم الجهالة اذا كانت في أصل الدين متحملة في الكفالة بان تسقط بما ذاب
له على فلان ففي الوصف أولى والجهالة لا تتحمل في ثمن البيع فكذا في وصفه اذ الوصف لا يخالف الاصل
والثاني وهو الاوجه أن أصل هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وانما الجهول وصف التقدم والتأخر
فكانت الجهالة يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح أو مجى المطر لا يصح لان أصله غير معلوم في تلك السنة
(قوله فكذا في وصفه) لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف أدنى من الاصل فلا يلزم أن يكون مثل

والكفالة الى هذه الاوقات
جائز لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة لا ترى
انها تتحمل الجهالة في أصل
الدين بان تسقط بما ذاب على
فلان ففي وصفه أولى
لكن الاصل أقوى من
الوصف (وهذه الجهالة
يسيرة لاختلف الصحابة
رضي الله عنهم فيها) فعائشة
رضي الله عنها كانت تجيز
البيع الى العطاء وان
احتمل التقدم والتأخر
لكونها يسيرة وابن عباس
رضي الله عنها منعه ونحن
أخذنا بقوله وهذا قد يشترى
أن الجهالة اليسيرة ما كانت
في التقدم والتأخر والفاشحة
ما كانت في الوجود كهبوب
الريح مثلاً والبيع لم يكن
يحمل للجهالة في أصل
الثمن لم يكن يحملاً لافى
وصفه ورد بانه لا يلزم من
عدم تحمل أصل الثمن
عدم تحمل وصفه لان
الأصل أقوى اذ هو يوجد
بدون الوصف الخاص دون
عكسه وأجيب بان المانع
من تحمل أصل الثمن الجهالة
هو افضاؤها الى النزاع وهو
موجود في جهالة الوصف
فمنعه واذ باع مطلقاً أجل
الثمن الى هذه الاوقات صح
لكنه لا يجزى للدين

(وهذه الجهالة محتملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتناؤه على المما كسوة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يغسد بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الاجال) أعني النيز والمهر جان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزا ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا فلا زفر رحمه الله وهو يقول ان عقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما (٨٨) تقدم في النكاح وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغي وقد قررناه

هذا ناجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر وهو هذه الجهالة في شرط رائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

بعد الصحة كالسكفالة تحمل الجهالة النسبية لانه حينئذ ناجيل دين من الدين بخلافه في صلب العقد فانه يبطل بالشرط الفاسد وقبل هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) قبل أن يجيء بان أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) كما جاز اذا عقد بلاء أجل ثم ألحق هذه الاجال (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الاجال لاخراج نحو التاجيل به بوجوب ان يرج وزول المطرفانه لولا أجل به اتم أسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجهه قوله ان العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح الى أجل) وكلاشهاد عليه بعد عقده بلاشهود لا ينقلب جائزا ويبع الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار امر خارج هو الاجل واصل العقد البدل مع وجود مقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر على المقتضى وهو معنى انقلبه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتأخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعده وقوع المشرع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بالوضوء ثم نوى ألا يصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح الى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لوجوده في الشرع بعد دفع المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بالف و رطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلبه صحيحا في آخر الصرف للدم الآن يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويغسد اذا لم يستتبع هناك هذا والخاف زفر بالانكاح الى أجل

الاصل في كونه مفسدا قلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما ولا منازعة في الكفالة لانه تبرع ابتداء فتبني على المسامحة (قوله ولو باع الى هذه الاجال) انما قيد بقوله الى هذه الاجال احترازا عن البيع الى هبوب الريح أو مجي المطر ثم تراضيا على اسقاط تلك الاجال وفي المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا لوجود هبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد (قوله فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى أجل) أي على أصلكم وأما على قول زفر رحمه الله فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر في

في التفسير وقلنا الفساد للمنازعة وانما تحقق عند حلول الاجل فاذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرر فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقرر في ابتداء العقد فلا يغسد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط رائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرنا فان الفساد في صلب العقد والقدوة عبرت بانه اذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى أن هبوب الريح ثم أسقط الاجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كالمكان في صلب العقد لا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم طهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه (قوله وبخلاف

النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقرر به أن نقد قلنا ان العقد

الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر الفساد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى أجل متعه هو عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط رائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدوري ثم تراضيا خرج وقافلان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا عنى سواء فصل الثمن أولم يفصل عند أي حنيفة ورجعانه وقال أبو يوسف ومحمدان سمي لكل واحد منهما ثل أن يقول اشترىتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد في العبد والذكبة (وان جمع بين عبد ومدرأ وبين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لفرجه اند فيها) أي في العبد والمدرأ أو في الجمع بينهما (ومنزول التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدرأ فان قيل منزول التسمية مجتهد فيه فصار كالمدرأ فيجب جواز بيعه مع المدرك كبيع القن مع المدرأ يجب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين المخالفة للدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولانا كلوا مما لم يذكراهم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر (٨٩) والعبد في البيع (لنظر الاعتبار بالفصل)

الاول يعني بين الحر والعبد بجماع انتفاء المحلية في حق الجميع ولا يوجب ويحمد اذا سمي لكل ثمن أن الفساد بقدر الفساد اذا حكم بثبت بقدر دليله والفساد في الحر كونه ليس بعمل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته في عقد النكاح بخلاف ما ذالم اسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولا يوجب حنيفة فرجه انه وهو الفرق بين فصل الحر والمدرأ مع القن أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلا لانه اذا

وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وقافلان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة فرجه الله وقال أبو يوسف ومحمد رجعهما الله ان سمي لكل واحد منهما ثمن جاز في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدرأ وبين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رجعه الله فسد فيهما ومترول التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدرأ في الاعتبار بالفصل الاول اذ محلبة البيع منتهية بالاضافة الى السكك ولهما أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما ذالم

بطريق الا لزام فانه يجبر النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيا) أي قول القدوري في مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة فرجه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رجعهما الله ان سمي لكل واحد منهما ثمن جاز في العبد والشاة الذكبة) وما سمي له وكذا في الذكبة واذا لم يسم بطل بالاجماع ويقول أبي حنيفة قال مالك وعن الشافعي وأحمد وكل من القولين وعلى الخلاف ما ذاباع دينه خلافا ذأ أحدهما آخر (ولو جمع بين عبد ومدرأ وبين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومترول التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدرأ) وأجمعوا أنه باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطال البيع في الآخر (لنظر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل عن كل بجماع أنه باع مالا يصح بيعه مع ما يصح بجمعه عصفقة وهو لو يجب انتفاء محلبة البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن السكك من حيث هو كل ليس بمال (ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ لا موجب لان كلامهما قد انفصل عن

النكاح (قوله بطل البيع فيهما) سمي لكل واحد منهما ثمن أولم يسم عند أبي حنيفة فرجه الله وفي المبسوط باقظ الفساد فيما حيث قال فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما ولا شاك في أن البيع باطل في الحر أما في القن فاذا كرفي أصول الفقه شمس الاثر فرجه الله بدل على أن العقد في القن فاسد لا باطل حيث قال أبو حنيفة فرجه الله فيما ذاباع حر وعبد أو سمي ثمن كل واحد منهما لم ينقذ العقد صححا ولم يقل لم ينقذ العقد في العبد أصلا (قوله عقد غير عقد النكاح) لان النكاح عقد مندوب اليه والمتعة منهيبة فلا يكون عقد النكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر (قوله فسد فيهما) أي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدرأ والجمع بين عبده وعبد غيره (قوله ومنزول التسمية عامدا كالميتة) فان قيل ينبغي أن يجوز العقد فيما ضم اليه لانه

(١٢) - (فتح القدير والكفاية) - سادس () بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثانيا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الإيجاب فلهما الثلاث ينضم الربا مع قبول العقد في أحدهما دون الآخر ولو لم يحد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدرأ ويجب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يذكر البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فبنفع بفضل حال عن العوض في البيع وهو الرابا وعن الثالث بان الإيجاب اذا صح فلهما صحت العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا

يسمى عن كل واحد منهما لانه مجهول ولا يبي حنيفة ورحمة الله وهو الفرق بين الفصليين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشرط الفاسد وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المال به وهذا يغني في عبد الغير بأجزائه وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الآخري بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر ولو كان كل منهما عبداً وصار كالرجوع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما إذا لم يسم عن كل منهما لانه الفساد حينئذ في القن لجهالة غنمه (ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصليين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع صفقة واحدة) بدليل أنه ليس للمقابل أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاً يبيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد بقوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر ورضاه المكاتب في الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وأجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المال به) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضاً فدخلت أيضاً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف مجتهد فيه كما دبر فإن الشافعي رحمه الله قائل بحمله قلنا حرمة منصوص عليها ولا مساغ فلا جرت في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن ججع بين وقف ومالك صح في المال في الأصح (قوله ولابي حنيفة ورحمة الله وهو الفرق بين الفصليين) بيانه أن من ججع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً للعقد على الآخر ولهذا إذا عاكش المشتري القبول في أحدهما دون الآخر والحر والمينة لا يقبلان البيع أصلاً لانهما ليسا بمال فيكون جاعلاً لقبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلاً شرطاً للعقد على العبد والذي كية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشرط الفاسد بخلاف النكاح فإنه لا يبطل (قوله والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد) فان قيل إذا بين عن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة حينئذ لا يكون القبول في الحر شرطاً في العبد قلنا إذا لم يكره الإيجاب تكون الصفقة متحدة وإن سمي لكل واحد من المبيع ثمناً وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطاً للصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطاً للصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الرافع لا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود شرط وهو مخالف لاعتراض العقد كافي في إفساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر أيضاً وذلك لأن قبول الحر قبول لبده وبدل الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بده مقابلاً لمال فكان بده خالي عن العوض فكان وبذلك لانه إذا باعها ما بالف صار كل البائع قال بعث هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم إلى خمس مائة أخرى وهو عين الرافع باعتبار أنه فضل خال عن العوض في البيع وقالنا يشترط قبول العقد في أحدهما بقبول العقد في الآخر أصح الإيجاب فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقاً بالضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك ينعدم إذا لم يصح الإيجاب في أحدهما وصار هذا إذا اشتري عبداً أو مكاتباً أو مدبراً فالبيع يفسد في المدبر أو المكاتب ويبقى العقد صحيحاً في العبد كذا ههنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول البائعين لما جع بينهما في الإيجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر وقواهما أن هذا عند صحة الإيجاب فيهما قلنا عند صحة الإيجاب فيهما يكون هذا شرطاً صحيحاً ونحن انما ندعي الفساد وذلك عند فساد الإيجاب لأن هذا الشرط باعتبار رجوع البائع بينهما في كماله لا باعتبار وجود الهلية فيهما وذلك كراكر نخر جوع أبي يوسف رحمه الله في فصل من هذا الجنس إلى قول أبي حنيفة رحمه الله ومسئلة الطوق والجارية إذا باعها ما بشئ مؤجل كإينافى الصرف فاستدلوا رجوعه في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لأن الفرق بينهما لا يتضح (قوله وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمة الله) وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد يختلف بين العصاة

الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجه الله الآن المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا الإشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصاة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

(الآن المالك) أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافاً للمحمد وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقولون برفع خلاف الصحابة وتوعدهم محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظر إلى الخلاف وعنده لا نظر إلى الإجماع وارتفاع الخلاف مع أن قول عبدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدلى رأى أنهن يبعن فقال رأيتك في الجساعة أحب إلي من رأيتك وحسبك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم إلا علياً وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعها مائة من مؤجل كاسيحي في الصرف فاستدلو به على رجوعه في هذه المسائل إذا اختلف بينهم ما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين مترك التسمية عامداً وبين الذبحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متركها للاجتهاد أجيب بالقرن بأنه لا يعمل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لصادمة ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الخبرية أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة واحدة وهو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففقه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالي عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصاة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده وتجب حصاة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر وما معه محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع (فروغ) في الكافي جمع بين وقف وملاك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الحلواني يفسد فيها ثم رجوع وقال جاز في الملك كافي العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قديم إن كان عارساً يفسد البيع والا وكذا في المقبرة ولو اشترى داراً فيه طريق للامة لا يفسد البيع والطريق هيب ولو اشترى داراً بطريقها ثم استحق الطريق إن شاء أمسكها بخصته وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً به وإن كان متميزاً الزمة للدار بخصته ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى إذا لم يكن الطريق محدوداً فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوماً وأرضاً ساحدة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا مفرع على قول أبي يوسف في المسجد الآن كان من ربه معلوم يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع

رضي الله عنهم جوز على كرم الله وجهه بيع أم الولد والباقيون رضي الله عنهم لم يجوزوا ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد والجماع المتأخرون يكون رافعاً للاختلاف المقدم عند محمد وجه الله وعندهما لا يكون رافعاً لهما يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما (قوله الآن المالك) هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد (قوله فكان هذا الإشارة إلى البقاء) أي فكان تولد ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا إلى الرد وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا يباع بالحصاة ابتداء لانعقاد العقد وبقائه فيهم والله أعلم

بيعه المدبر وأم الولد بدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحاً لقيام المالك بالاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله وإذا نفذها ناعرفنا الحليسة فهل لا يحمل للبيع الا بقيام المالك فنعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسداً الآن المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا أي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بخصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الخصه وهذا أي الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصاة ابتداء بعدما ثبت دخولهم في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بين ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيه إذا جمع بين القن والمدبر

(فصل في أحكامه) وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء كونه أنرا باتباعه بقبضه كذا أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بأذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يغيد شيوان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الإذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الإذن هو أن قبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يغيد ما عاوقه قد أن يكون في العقد عوضان مالان لقائدة سبذ كرها وقوله ملك المبيع هو قول (٩٢) عامة المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد يملك

التصرف لأمولك العيين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يغيد الملك لانه محظور والمحظور لا تنال به نعمة الملك لان المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها (ولان النهي نسخ للمشرعية للتضاد بين النهي والمشرعية) اذ النهي يقتضي القبح والمشرعية تستضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشرعية لا يغيد حكم شرعا (ولهذا لا يغيد قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدرهم أو الدنانير

(فصل في أحكامه) وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع صريحا أو دلالة كما سبق (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده أدامع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشرعية للتضاد بين النهي والمشرعية والنهي يقتضي القبح والمشرعية تستضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشرعية لا يغيد حكم شرعا) (ولهذا لا يغيد قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدرهم أو الدنانير

(فصل في أحكامه) (قوله وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وفائدة هذا القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الأصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غير أن في القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين فاقم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد وإذا فسد البيع بوجه آخر عذر العدل عن القيمة إلى المسمى فيصير إلى الأصل (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور) لسكونه منها بغيره فلا ينال به نعمة الملك لا لاشتراط الملازمة بين المؤثر والأثر والملك نعمة لسكونه ذريعة إلى قضاء المآرب ووسيلة إلى درك المطالب (قوله ولان النهي نسخ للمشرعية) أي على أصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشرعية تعضي كونه حسنا وكونه منهيا عنه يقتضي كونه قبيحا وبينهما تضاد (قوله ولهذا لا يغيد قبل القبض) يعني أن البيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق ما نال القيام العلة بالأحكام فلما بقي المانع مع القبض كان المانع قائما بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لانتصاف في العلة لالمانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالقبض على سوم أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل والمصلحة

البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهي نسخ للمشرعية) أقول جوابه وبالله العون أن أراد بالشرعية ترتب الثمرات المطالبة بتنفيذ المنهى عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشرعية بهذا المعنى كيف هو أول المسئلة وان أراد بها المادونية شرعا فمصلح ولا يلزم من انتفاء المادونية شرعا انتفاء ثمرتها لانها ترتب الأحكام فليتم (قوله أو بالمصلحة) أقول ظاهره عطف على بالدرهم فلا يوافق المنزلا تخصيص فيه للمصلحة بحمله ثمة للخمر بل عام (قوله ولان البيع الفاسد مخرج باطل الخ) أقول لعل قوله مخرج باطل عن عقيد الملك بقرينة آخر كلامه لوجود التلازم بين كلاميه فليتم

أو بالمبتدئة وقيضها المشتري فإنه لا يفيد الملك ولنأ أن البيع الفاسد مشروع باصلا لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله إذا الكلام في أن لا خلل في العاقدین مضافا إلى محله كذلك وكل بيع كان كذلك فيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النسي مانعا عن ذلك لأن النسي يقرر والمشرعية عندنا لا تقتضاه التصو وليكون النسي عناية كون يكون العبد مبتلى بين أن يترك باختباره في ثياب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه بنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة (٩٣) الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النسي

في ثيابه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعتراض بان المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصف فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحها وأيضاً الحكم هناك الكراهة في المتنازع فيه الغسادة واجب بان غسار المصنف عن ذكر المجاورة بيان أن المحذور ليس لغسار في عين النسي عنه كل عهده الخضم والمجاورة جعلوا المتصل وصفاً بيان في ذلك وبأن غرضه أن يحكم المنهي عنه ليس البطان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطان طالع التقرير وتطلع على ذلك

قال المصنف (وذكر مبادلة المال بالمال) أقول يعني حقيقة والافتركه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف (وفي الكلام) أقول أي الكلام مغرور فيما إذا كان في العقد عوضان ههما ما لا قال المصنف (والنسي) أقول

والحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنسي يقرر والمشرعية عندنا لا تقتضاه التصو فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك

الحكم إذا نسي عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونسي عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضاً ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزاله العصمة حتى أمر ابن عمر بالراجعة ففعلها للعصبة بالتقدير الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلاً في كل سبب شرعي نسي عن مباشرة على الوجه الغلاني إذا وشرع به يثبت حكمه ويصحب به وقوله النسي نسخ للمشرعية يعني يفيد انتفاء هاهنا الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه أن أردت الأول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنسي كما رأيناك من الشرع وأن أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيثنذ مصدره حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنسي حيثنذ لأن فائدة التحريم والتأنيب وهو موضع النسي فإنه للتحريم أو الكراهة التحريم إذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن ما لا بان عقد على النحر أو المبتدئة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلاً فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمه ما تميز فيه من أن لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسداً أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا يخفى في حسن هذا التقرير أن شاء الله تعالى وكفايته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النسي يقرر والمشرعية لا تقتضاه التصو) يريدون أن النسي عن الأمر الشرعي يقرر ومشرعية النسي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والآن لم يكن للنسي فائدة فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور والمنهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المنهي عنه لا يفيد أنه إذا فعل هذا التصو يقع غير مشروع وعوان أرادوا تصور شرعياً أي ما ذروا فيه شرعاً ممنوعاً وإن قالوا أنه يتصوره مشروعاً باصلا مع هذا الوصف الذي هو مثير النسي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورته النسي هو المقرن بالوصف فهو غير مشروع معه والمشرع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً لأن سلمناه مشروعاً باصلاً أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئاً حيثنذ وقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النسي أو ما فيه أن قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنسي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النسي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا

الشرع فإنه مضمون بالقيمة ولا عقد (وله وفيه الكلام) أي الخلاف فيما إذا كان مبادلة المال بالمال أما إذا لم يكن عوضان أو أحدهما مالاً فالبيع باطل إجماعاً لعدم ركنه ولا نزاع فيه (قوله والنسي يقرر والمشرعية) عندنا لا تقتضاه التصو عنه إذا نسي لأنه يقتضي تصور المنهي عملاً يتصور لغو لأن النسي رادبه عدم الفعل مضافاً إلى اختيار العبد فيعتمد تصور له ليكون العبد مبتلى بين أن يكف عنه باختباره في ثياب عليه وبين أن يفعله باختباره فيعاقب عليه وتصو والمشرع بشرعيته فكان النسي يعني في غير المنهي عنه فيصير مشروعاً

معارضته الدليل الثاني قال المصنف (يقرر والمشرعية) أقول يعني ترتب الأحكام المطلوبة منه عليه شرعاً لا بمعنى الماذونية شرعاً قال المصنف (لاقتضائه التصو رالح) أقول يعني تصور موجوداً شرعاً وتصو مطابقاً للواقع فإذا كان موجوداً شرعاً يترتب عليه الآثار والأحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي ماذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة إلى الجواب عن دليل الشافعي والقائل بليس للتقرير بيع بل عاطفة للتعقيب الذي كرى (قوله قد يكون النسي مانعاً عن ذلك) أقول أي عن المشرعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النسي) أقول قوله مقتضى النسي حال

(قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان للقبض شبهة بالايجاب فصار كأن ايحاب البيع الفاسد اذ ادقوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمثل) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقر به ان الميتة ليست بمثل وماليس بمال لا يجوز فيه البيع لقوات ركنه ولو كان الخمر ممتنا وهو (٩٥) ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرجناه

يعنى في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخمر بران كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر ممتنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شئ آخر أى دليل آخر سوى ما ذكرناه نال وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ممتنا لان كل عين يقابلها الدرهم أو الدنانير في البيع هو ممتن لتعين الدراهم والدنانير للشيء خلقة وشرعاً ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع في حكمه بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحساناً (قوله وهو الصحيح) الاحتراز عما ذكره صاحب الايضاح

ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمزلة الهبة والميتة ليست بمثل فانه عدم الركن ولو كان الخمر ممتنا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح هنا لاننا ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحساناً وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط

تقر به فان المبادرة اليه تزيد وجوده وانما وجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر ممتنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعة لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازها وقوله (وشئ آخر) أى وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم أو دنانير قصير القيمة مبيعة لقياسها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلم من النقود ممن لا يقال لما منع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قبضت بمثلها صار كل منهما مبيعاً ونحو الخمر قد قبضت بالدراهم فاذا انزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لاننا نقول الثابت هنا كون كل مبيعاً ونحوها يليزم مبيعة ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمسدوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعة ونحوها كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفى بالاذن دلالة كما اذا) اجتره (قبضه في مجلس العقد) ولم ينهه البائع (استحساناً وهو الصحيح) لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط

بالعوض اذا المسمى لا يجب للفاسد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والقبض بالاسترداد بعد القبض دفعاً للفاسد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة أولى لان هذا أسهل وأبعد عن العبث اذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث (قوله ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض) يعني أن سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط انما سببه والشئ اذا كان ضعيفاً واهيلاً يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكده كافي الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه لا مانع آخر (قوله فقد خرجناه) وهو ما ذكر في أول الباب أن المبيع هو المقصود في البيع وفي جعل الخمر مبيعة مقصود اعزازه والشرع أمر باهانتها وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلاً (قوله وشئ آخر) يعنى دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو أن الواجب في بيع الخمر هو القيمة وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعاً فلو انعقد هذا البيع انما ينقلد وجوب القيمة ضرورة يحجز المسلم عن تخليك الخمر وعملكه كما انصراني اذا تزوج نصرانية على نحر ثم أسلم تحب القيمة والقيمة الواجبة في الزمة لا تصلح مبيعاً لان القيمة هي الدراهم والدنانير اذ هما تقوم السلم وهما ثمنان فلا يصبران ممتنين (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) أراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا أن المراد من الاسر الاذن (قوله وهو الظاهر) أى شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا أنه يكتفى به أى بالاذن دلالة (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره

وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بعير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم قبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسد لم يتضمن تسليطاً على القبض لان التسليط (قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الاشارة ممداً ذكره فاعلموا لعل مراده هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون السكاف رائدة على ما يدل عليه نفسه به الاذن دلالة في أول الفصل

لو ثبت انما ثبت بمقتضاه شرعا والغايه يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا ذهب فانه يكون تسليطا على القبض استعسا ناما دام في المجلس لان التصرف (٩٦) وقع صحيحا لجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن

السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالمينة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته) رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر

السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لانسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة بالجواب ان ضعفه انما يثبت بغير ثبوت حكمه بغير حده لا يمنع قبضه مطالعا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهند وأنى انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أحذامن اطلاق سيأتي وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتاويله اذ لم ينقد الثمن أو كان الثمن خرامثا لا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذا نام منه بالقبض وفي المجتبى في التخلية باختلاف الروايات والاصح أنهم ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجاهل الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبض ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان ودبعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالمينة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم المال في العوض وقيد بنفي الثمن لان مال الوساكن من الثمن فلم يذكرا بنفي ولا اثبات انعقاد فاسدا او يثبت الملك بالقبض موجب للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكنت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بغيره ففسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فالتلف لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم اتيه لانه بالاستهلاك تقر عليه الضمان فتعتبر قيمته حيث نكذ في الكافي وهذا في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل (ومنها العدديات المتقاربة) لانه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحترزه عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في التقدير والمينة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخته) أي بالعبسية

صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة وقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالمقبض وهذا هي الرواية المشهورة ثم قال وذكري الزيادة انه اذا قبضه بحضرته ولم ينه فانه يثبت الملك ولم يملك بخلاف ان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بحضرته ولم يمنع يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية أن العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت بمقتضاه شرعا والغايه يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وهذا بخلاف ما اذا ذهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا لجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه (قوله والبيع مع نفي الثمن) أي في رواية لانه اذا نفي الثمن فقد نفي الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية ينعقد لان نفسه لم يصح لانه نفي بحكم العقد واذا لم يصح فغيره صار كانه سكنت عن ذكر الثمن ولو باع وسكنت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكنت كان غرضه قيمته فكأنه باعه بغيره (قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخته) يريد به أن لكل واحد منهما ولاية الفسخ لأن بريدان الفسخ حق لكل واحد

في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالمينة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل لكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنًا أو ممتنا سكن ذكر جهة الثمنان ليعلم أن اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان وتوله أي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحبوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب انتم لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته) رفعا للفساد الخ (قوله والغايه يجب اعدامه) فلم يثبت المقتضى (أقول في التفرع كلام فان البيع الفاسد جودا شرعا ولا يكفي ذلك في ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعني لانه يرفع حقيقة الفاسد فلا يستعمل في معنى العام للبطلان أيضا

لانه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليحقق ركن البيع) أقول يعني لانه يرفع حقيقة الفاسد فلا يستعمل في معنى العام للبطلان أيضا

لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفع الفاسد سواء كان قبل القبض أو بعده أما إذا كان قبل القبض فلما تقدم له
لم يقدح حكمه فكان الفسخ امتناعاً من أن يفيد الحكم وأما إذا كان بعده فلا يخلو ما إذا كان الفساد في صلب العقد أي بمعنى في أحد البعدين
كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو بشرط فاسد زائد كشرط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع إلى النير وز والمهر جان ونحو ذلك
فإن كان الأول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أي حنيفة ومحمد رحمه الله لقوة الفساد وعند أبي يوسف بحضرة وعبدته وإن كان
الثاني فاسكلاً منهم ما إذا كان قبل القبض وأما إذا كان بعده فلذلك الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يد المشتري
على حاله لم يزد ولم ينقص وأما إذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قبل (٩٧) المذكور في الكتاب قول محمد وجهه

ما ذكره أن العدة أقوى

فكان الواجب أن لا يكون

لأحد المتعاقدين حق الفسخ

لكن الرضا لم يتحقق في حق

من له الشرط فإنه أن يفسخه

وأما على قول أبي حنيفة

وأبي يوسف رحمه الله

فلكل واحد من المتعاقدين

حق الفسخ لأنه مستحق

حقاً للشرع فانتفى الزوم

عن العقد وفي العقد الغير

اللازم يمكن كل واحد

من المتعاقدين من نسخه

كذافي الذخيرة والإيضاح

والكافي فإن باع المشتري

المقبوض بالشراء الفاسد

نفذ بيعه لأنه ملكه بالقبض

وكل من ملك بالقبض شيئاً

ملك التصرف فيه سواء

كان نصراً فلا يحتمل النقص

كالعناق والتدبير أو يحتمل

كالبيع والهبة ورد بان

المبيع لو كان ما كولا لم

يحل أكله ولو كانت جارية

لم يحل وطؤها ذكره في

شرح الطحاوي فلم يملك

التصرف مطلقاً وأوجب

بالمنع فإن محمد أنص في كتاب

لأنه لم يقدح حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وإن كان
الفساد بشرط زائد فلم يله الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد لأنه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط

فرفعه حق لله تعالى فإن نفس العقد مكروه والجري على موجب به بالتصرف في المبيع بملك أو انتفاع بوطه
أو لبس أو أكل كذلك أي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التجرع ولو جهان يكون حراماً لأن
لإجتماع على منعه شرعاً قطعي وجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال
وعلى كل واحد فسخه غيره أنه أراد بجريديان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعليله أن خص من دعواه وحاصل المنقول
في المسئلة أنه إذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع إلى الثمن أو الثمن كبيع درهم بدرهمين أو
ثوب بخمر فملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لأنه وإن كان حق الشرع ففيه الزام موجب لنفسه فلا
يلزمه إلا بعلمه وعند أبي يوسف وغيره أيضاً ولم يحكم المصنف هذا الخلاف (وإن كان الفساد بشرط زائد)
كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو إلى أجل مجهول فملك واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض
فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والأجل بالفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل بحضرة
الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لأن منفعة الشرط إذا كانت دائمة عليه صح فسخه لأنه يقدر
أن يسقط الأجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه لعقدته على تصحيح العقد وعندهما السكك منها حق
الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد والعقد إذا كان غير لازم يمكن كل من فسخه كذا
في الذخيرة والإيضاح والسكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا إذا كان المبيع في يد المشتري
على حاله لم يزد ولم ينقص أما إذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل أولاً أو منفصلة
كذلك أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل الغير بآفة أو مشترى أو أجنبي ففسد كره وقوله (الأنه) إلى
آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ وإن

منهما أن الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لأن إعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفسد حكمه فيكون الفسخ
امتناعاً عنه ولا يمكنه توقف على حضرة الآخر لأن الزام موجب للفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه (قوله) وكذا بعد
القبض إذا كان الفاسد في صلب العقد (صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام العقد بالعوضين فملك فساد
يمكن في أحد العوضين يكون فساداً في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو خبز بقوة
الفساد فيجب إعدامه حقاً للشرع فإن كان الفساد بشرط زائد بان باع إلى أجل مجهول فلم يله الشرط ذلك
دون من عليه لقوة العقد وفي الإيضاح هذا قول محمد رحمه الله لأن منفعة الشرط إذا كانت دائمة اليه كان
الفسخ منه صحيحاً فاما إذا فسخ الآخر فقد أبطل حقه لأنه كان قادراً على تصحيح العقد بخلاف الشرط وهما
يقولان بأن الفسخ مستحق شرعاً فانتفى الزوم عن العقد ومن له الشرط وإن كان قادراً على التصحيح

(١٣ - فتح القدير والسكافيه) - سادس) الاستحسان على حل تناوله قال لأن السائغ ساطع على ذلك وذكر شمس الأئمة الحلواني

يكره الوطء ولا يحرم فاما المذكور في شرح الطحاوي يحتمل على عدم الطيب وأثنى سالم الوطء مما لا يستباح بصريح التسلية فبدلته الأولى وجواز

(قوله) فإن كان الأول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فإن كان الأول فذلك لقوة الفساد لأنه عدل عنه إلى ما يرى لبعده المسافة عن قوله
أما إذا كان بعده وليه معلق به قوله بحضرة صاحبه فليست بشرط (قوله) فاسكلاً منهم ما إذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك أن الكلام
فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليلاً في تقريره كما كتبه طهارة (قوله) كذافي الذخيرة والإيضاح والسكافي) أقول وهو
ظاهر

التصرف باعتباره أسهل الملك وهو ينفلك عن صفة الحل وإذا كان البيع نافذا سقط حق ارتد إذا البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الأول لحق الشرع وإذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لأن التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا إذا مات المشتري ورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد ذلك كان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعتذار وفساد الشراء عذر في فسخها كإلاني ولم يذ كر محمد من يفسخها واذ كر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لورده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للعبد ورث لهذا يرد بالعيب و رد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل (٩٨) الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لو ارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم

قال (فان باع المشتري نفعه ببيع) لانه ملكه ذلك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع وباصله دون وصفه والثاني مشروع وباصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا أنه لم يتحقق المراد في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا ببيع صحيحا (نفعه ببيع) لانه ملكه ذلك التصرف فيه وسقط حق البائع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد (العقد الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصدرا اذا حرم ماله كما هو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يصيب عليه وهذا جمع بين الحقيقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذ مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالبيع فكما المشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكا متجردا بسبب اختياري لا تصرف من المشتري ولو قبل المشتري الثاني أيضا لما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع وباصله لا وصفه والثاني مشروع وباصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التملك منه مع الاذن في القبض تسليط على بالخلف لكن الكلام قبل الخلف (قوله وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني) فان قيل كان ينبغي أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسدا لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبيح له حق الاسترداد من الموصى له قلنا نعم كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للعبد ورث لهذا يرد بالعيب و رد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لو ارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وأما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجردا بشيئوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب (قوله وحق العبد مقدم لحاجته) فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم أحرم يجب عليه ارساله وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب

الفساد وهذا بخلاف ما اذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملكه بتجدد سبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل فلو لم يرد اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض عما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقيقين لا مكنة بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا التراجع فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجه ان البيع الاول مشروع وباصله دون وصفه لما تقدم من مغرقة ماهية

الفساد عندنا والبيع الثاني مشروع وباصله ووصفه اذا حلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفساد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب اننا لنسلم التمام فيه فان كلامنا من المتعاقدين في ذلك الفسخ فابن التمام فاذا باع المشتري فقد انتهت ملكه ولهذا لا يعاك الفسخ والمنتهى مقرر واذ تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامتناع ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليلهم ما من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول ليس في تعييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجوز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري. انما عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيره التعلق بحقه بمالك الشفعة. ان ينقضها وتوجب الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما لا الآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلة ما هو مرجح عنده وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تحول الصفة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو بآيات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدا (٩٩) بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه

بأذن البائع وأعتقه أو باعته ببيع صح أو عاد لفظ البيع ذكره لأنه أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات (جائز وعليه القيمة) أما جوازها (ولما ذكرناه أنه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض (فتشابه الغصب وبالاتفاق فذلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع) انقطع حق الاسترداد على مامر) أي ما من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن) نظير البيع لانهم لا زمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا أن حق الاسترداد يعود بخمر المسكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد قبيل وليس

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعته أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرناه أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاتفاق فذلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطاع الاسترداد على مامر والكتابة والرهن نظير البيع لانهم لا زمان

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ماتمه ويؤدي الى المناقضة قبل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ماتمه لان السكائن من جهته تسليط على البيع وتسامه بان يفعل المساط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رجعة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الغوات بفعل المساط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الانتدراك رفع المعصية بالتوبة وتبقى آخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص ميتته من المعصية كما يمكن فشرع ذلك الحق لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع ولأنه ينقض هذه التصرفات وياخذها بالشفعة وان تعلق بمحق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعاضه ويرجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كفي البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ان يكون ناسخا أجيب بانه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتخرج الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسد بخمر أو غيره (فأعتقه أو باعته أو وهبه وسلمه) فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرناه أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته (فيه) (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاتفاق فذلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على مامر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد الحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع ببيع فاسد أو رهنه فهو نظير البيع لانهم لا زمان) الحق

الجمع بين الحقين وانما صار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا أمكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه (قوله بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) وجه الورود أنه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه أن تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرهما صحبة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب أن كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشر وع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين يرجح حق

لتخصيصهما في عود الاسترداد فانه ثابت في جميع الصور اذا نقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجوع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة الغصب الا تبقى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والظاهر أن علل الرهنان سبق حق الشفيع كإسبات في كتاب الشفعة (قوله على مامر) فانه من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على مامر إشارة الى الادلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا

الآفة يعود حق الاسترداد بحجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاخذ
ورفع الفساد ذر ولائها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الردام متناعاً

العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الآفة يعود بحجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصها
بذلك بل يعود حق الاسترداد في المبيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو
بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه
ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المصوب اذا ابقى ففرض على
الغاصب بقيمتة ثم رجع ليس لملكه أن يخذله لساقنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أبحر المشتري شراء
فساد لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالاخذ وورفع الفساد عذر لان الاجارة تنعقد شيئاً فشيئاً
فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعاً) عن العدة عليها والسكاح كالاجارة لانه قد
على منفعة فاذا روج المشتري الحار ية المشتري شراء فاسداً كان للبائمين أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة
لا يمنع حق البائع في الرقبة ولا يلا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد ان كان كالحق فانه كل وزوجها البائع نعم نصير
بحاله منعها وعدم تبوئها معه بيتاً غير انه اذا طر به باله وطوها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسداً
وأخذ المشتري الارش أو ولدت الجارية وتوخذ من موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب
وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كفي الغصب ولو صبغ فمحمدرجه الله بخير البائع بن أخذ واعطاء
ما زاد الصبغ فيسبوتر كسوتين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لوفعله الغاصب انقطع به حق
المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد
وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه
من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسداً لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخطاطة والصبغ
ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بآفته سواء لا تمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له
أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارش من المشتري وان شاء أخذه
من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يتمتع الرد منه ولا الاسترداد من

الشفيع لمعنيين أحدهما أن حق الشفيع مقدم بالترجيع السابق والثاني أن هذه التصرفات التي وجدت
من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعي في نقض ماتم من
جهة بخلاف المبيع يباع فاسداً فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات
المشتري منه اذ لو جاز يلزم السعي في نقض ماتم من جهة وفي الذخيرة لان التسليط انما يثبت بالاذن نصاً أو
بإثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع فان قيل في نقض المبيع الاول أيضاً سعي في نقض
ماتم من جهة قلنا ذلك باعتبار رفع الفساد لا باعتبار نقض ماتم من جهة فلما باع المشتري شراء فاسداً جعل
ذلك العين غير ذلك العين لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو
بقى له حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ماتم من جهة خالص المالك أن المبيع الثاني صحيح ولا فساد فيه حتى
يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف المبيع الاول (قوله الآفة يعود حق الاسترداد بحجز
المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهذا انما يكون أن لو كان بحجز المكاتب وفك الرهن قبل قضاء القاضى
بالقيمة وكذا لو رجع في الهبة بقضاء القاضى أو بدونه أو رد عليه بالعيب في المبيع قبل أن يقضى القاضى
عليه بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضى فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى
العين بعد ذلك كولو أبق المصوب ففرض القاضى بالقيمة ثم ذكذ في المصوب (قوله وهذا بخلاف الاجارة
لانها تفسخ بالاخذ) ولم يذكر محمد رحمه الله من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر أن القاضى هو الذي يفسخ
والترجيح يشبه الاجارة لو رده على المنفعة والمبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضاً فاعتاق

(قوله وهذا) أى انقطاع
الاسترداد بالتصرفات
المذكورة (بخلاف الاجارة)
فان حق الاسترداد فيها
لا ينقطع اذ كرنا (انها
تفسخ بالاخذ) ورفع
الفساد من أقوى الاعذار
ولا يمانها تنعقد شيئاً فشيئاً
فيكون الردام متناعاً (ولعل في
الجوابين اشارة الى المذهبين
فيها

قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) قال في النهاية أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما أخذته البائع في مقابل المبيع عرضا كان أو نقدا ثمة كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة أيضا وغيرهما فيصير المبيع بمجوسا بالمقبوض) فمكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كفي الرهن (١٠١) لكنه يفارق من وجه آخر وهو

ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من ان للمشتري حق منع البائع من البيع الى أن يأخذ ما أدى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالرهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالرهن أحق بازهر من الورثة وغرماء حتى يستوفي الدين (ثم ان كانت دراهم الثمن فائمة يأخذها بغيرها لانها فيه) (تتبعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتبعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدرهم الى أجل في تعيين المقبوض للردي على الراهن وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونها مقبوضين لاعتلى وجه مشروع وقيل في حكم لنقض والاسترداد والدرهم

قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير بمجوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذلك على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن فائمة يأخذها بغيرها لانها فيه في البيع الفاسد وهو الاصح

البائع فلوردا واسترد له العقر للبائع امانا تلغها ضمن قيمتها (قوله) وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) قيل في القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالزمن بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي ناضيا عليه كيف كان ايسر له أخذه حتى رد ما أخذ (لان المبيع مقابل به فيصير بمجوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالاعتقاد الجائر اذا تفاخضا فلا مساح أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للعجز وحر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فيجب التسوية بين البدين (ولو مات البائع) يبيع فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الزاهر أو المقرض كذلك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذلك على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بغير ما أعطى فافضل للغرماء بخلاف ما اذا مات المصيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحتال عليه فإنه لا يختص بالمحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المصيل صار مشغولا بحق المحتال كفي الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع المصيل لا مجرد الحق ولا بد للجهل (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها فائمة يأخذها) المشتري (وبغيرها لانها فيه) في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكره أبو حفص أنها لا تتبعين كفي البيع الصحيح وهو رواية كطب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح اكن سبب ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت ستملكة) قال المصنف رحمه الله تعالى له أخذ مثلها وكذا ذكر قاضيان وذكر في الفوائد الفقهية ونظر الاسلاء وجماعة من شروح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له

حق الزوج بالمعزة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الخبر والاباض (قوله) وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) وذكر الامام الترمذي رحمه الله اذا اشترى عديعا فاسدا أو استأجره اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجرة أو ارثه رهن فاسدا أو أقرضه قرضا فاسدا أو أخذ به رهنه فله أن يحبس ما اشترى وما استأجره وما ارثه حتى يقبض ما تقدم اعتبارا بالاعتقاد الجائر اذا تفاخضا لان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البدين فان مات البائع أو المؤجر أو الراهن أو المستقرض فالذي في يده العبد والرهن أحق بثمنه من غرماء الميت بخلاف ما اذا مات المصيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين أو الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص بالمحتال بدين الحوالة أو الوديعة فان قبل دين المصيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب أن يكون المحتال له أخص به كفي الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت المصيل لا يوجب الاختصاص كلما ذنوا الحقيقة دين يعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص (قوله) فيصير بمجوسا به) أي بالثمن كالرهن يصير بمجوسا بالدين الآن الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كفي الغصب (قوله) وهو الاصح احتراز عن رواية أبي حفص رحمه الله قال الامام الترمذي رحمه الله ذكر بكر رحمه الله فان كان المقنود

المغصوبة تتعين للردي بغير دفعها اذا كانت فائمة

(قوله) بل المراد به ما أخذ البائع في مقابل المبيع عرضا كان أو نقدا ثمة كان أو قيمة) أقول في بحث (قوله) والقبض الفاسد الى قوله على (الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

(وان كانت مستهلكة أخذتم لها ما بيننا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك ذكر في الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كافي ببيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا يفسد افسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وذ كرفي الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخر اجمع أبي حنيفة (لهما أن حق (١٠٢) الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل

لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذتم لها ما بيننا قال (ومن باع دارا يفسد افسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة ترجمه الله واه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم تك بعد ذلك في الرواية (وقال لا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بمجهته المشتري وبيعه فكذلك بينا أنه

بعد الاستهلاك مثل حق المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا يفسد افسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقع الغرس (واسترد الدار لهما أن حق الشفيع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يفسد افسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملكة في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والله تعالى بخلاف حق الشفيع (فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقص والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان المبيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع

فأما هل يتعين على رواية أبي حفص رحمه الله لا وعلى رواية أبي سليمان رحمه الله يتعين وعلى هذا يجب أن يكون المقبوض بقرض فاسد وكذا لو باع دراهم بدرهم الى أجل فهو فاسد على الروايتين وذ كر البردعي رحمه الله في الجامع الدراهم في البيع الفاسد ما تمعّن اذا تمعّن اذا كان المبيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تمعّن (قوله لانه بمنزلة المغصوب) أي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (قوله ما بيننا) اشارة الى أنه بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذلك (قوله حق الشفيع أضعف) فلها يحتاج الى الرضا أو القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا يثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضا للمشتري ويورث هذا الحق لا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليه ما ينقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع أولى ولا يبي حنيفة ترجمه الله أن البناء والغرس مما يقصده الدوام اذا البناء ليس للنقض والغرس ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس تضرا بلا جائر والبائع يتضرر مع جائز مع أنه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشتري أولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كولو باعه المشتري ببيع صحيح بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قبل اذا نقض البناء أو الغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب أن يعود حق البائع في الاسترداد

بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع يفسد افسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالأقوى لا يبطل به وهو بديمى وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس لحق البائع كذلك (ولابي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشتري (بخلاف الشفيع) اذا تسليط لم يوجد منه) ولهذا ولو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبتك أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قبل وانما أدخله فيها اشارة الى الاجتزاع عن الأجرة فان

البناء والغرس بالأجرة لا يقصد بهما الدوام وله ذ كره لان بطحة بالبيع في كونه منهيا مقرر لانه لما قصد به الدوام أشبه وشك البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا بقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعتراض بانه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفي تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا توهم ما ذكر فليس بواردا ذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت المسألة وتعرض أيضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في

الاسترداد لوجود المقتضى وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بغير علمه عليه المبيع بما هو قبيح وأوجب
وجود مانع آخر مانع من الاسترداد انما ينتفى بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقص انما وجب ضرورة
أبقاء حق الشفيع فصار النقص مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع
وروي وجوب القيمة في هذه المسئلة عن أبي حنيفة ويعقوب ورجع الله ثم شك (١٠٣) بعد ذلك في حفظ الرواية عن أبي حنيفة

لا في مذهبه والدليل على

أن مذهبه ذلك تنصيص

بمجرد رجوع الله على الاختلاف

في كتاب الشفعة أن عند أبي

حنيفة للشفيع الشفعة في

هذه الدار التي اشترها

المشتري شراء فاسدا وبني

فيها أو غرس وعندهما

لا شفعة للشفيع فيها وحق

استحقاق الشفعة مبني على

انقطاع حق البائع في

الاسترداد بالبناء والغرس

وثبوتة مختلف فيه فن قال

بثبوتة قال بانقطاع حق

البائع ومن قال بانتفائه قال

بعدم انقطاع حق البائع

لان وجود المزمور بدون

لازمه محال وعلى هذا فن

حفظ مذهب أبي حنيفة

في ثبوت الشفعة لا يشك في

مذهبه في انقطاع حق

البائع في الاسترداد فلم يبق

الشك الا في روايته عن محمد

ورجعه الله قال شمس الأئمة

المرحوم في هذه المسئلة هي

المسئلة الثالثة التي حوت

المهاورة فيها بين أبي يوسف

ومحمد قال أبو يوسف

ما روي عن أبي حنيفة انه

ياخذ قيمتها وانما روي ذلك

أن ينقص البناء وقال محمد

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتة على الاختلاف

فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك في حفظ الرواية
عنه لا في مذهبه يعني أن مذهبه معروف أنه لا ينقص البناء ولكن يجب القيمة على المشتري (فان محمد انص
على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذ بنى في الدار المشتراة فاسدا فالشفيع الشفعة عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار
المبيعة بيع فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلا يولاه بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب
الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد ما روي لك عن أبي حنيفة أنه ياخذ قيمتها وانما
روي لك أنه ينقص البناء فقال بل روي لك أن ياخذ قيمتها صريح في الإنكار لا في الشك وصريح في أنه
ينقل عن أبي حنيفة ما وافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف (فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق
البائع بالبناء وثبوتة على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدمه مبني على انقطاع حق البائع
بالبناء وجودا وعدمه فلو ثبت مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوتة على الاختلاف بالجر
وجماعته من الشارحين قالوا وثبوتة بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل
بأنه ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والا قرب أن الأوجه ثبوتة بثبوت انقطاع
حق البائع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على
الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يستردوا فتفت الروايات ان طلب حق الشفعة
في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء أو روي على أبي حنيفة لما وجب نقضهما لحق
الشفيع وفيه تقرير للفساد فإولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه اعدام الفساد أوجب بجمع
الملازمة فان البائع كان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقص لاجل من لا جناية منه النقص لمن جني
فان قيل اذن انقض البناء والغرس لاجل الشفيع ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسح البيع عن
العبد أوجب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعدم ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما
للك هذا وقولهما أوجه لان قول أبي حنيفة ان البناء مما يقصده الدوام يمنع لا اتفاق في الجارة على

لزوال المانع كما اذا باع المشتري بغير علمه ثم انتقض البيع بما هو نقص من كل وجه فلنا المانع من
الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع عود حقه كملك المشتري الثاني ألا ترى أن المشتري لو
باعها ينقص الشفيع البيع الثاني ولا يعود حق البائع في الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء
حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عاذا على موضوعه بالنقص لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له لا
لان لا يكون له ولان النقص مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى من انقض البناء مقتضى وهو
التسليم الى الشفيع (قوله وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية) يعني شك أنه هل سمع من أبي حنيفة

بل روي عنه أنه ياخذ قيمتها وهذا كما تروى بشرا إلى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهبه أبي حنيفة كذا وانما قال ما روي وثبه
تأمل ولما كان هذا الموضوع محتاجا إلى تأكيد ذكر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال واه يعقوب عنه
في الجامع الصغير والرواية في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيفه الا اذا اراد بالجامع الصغير المسائل الذي واه يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد

(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال ما روي لان النزاع كان في الرواية لا في المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد أن يقال
ذاك هو الظاهر ثم قوله (ما روي) صريح في نفي الرواية لا في الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدرهم والدنانير ونوع يتعين كالحب والخبث
أيضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك (١٠٤)

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا فباعها ورجع فيها تصدق بالرجع ويطلب للبائع ما ربح في الثمن)
والفرق أن الجارية بما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الرجوع والدرهم والدنانير

ايجاب القلع فظهر أنه قد راد البقاء وقد لا فان قال المفسر متاجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل
على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا وقولنا لا يلزم ذلك محل النزاع
فأقل الأمر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقص ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء لا المدمة
وأما دليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبيعته عن الصواب لأن ذلك فيما إذا
كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه شراء فاسدا وقبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس
العائد الجاني بعده هو الذي بنى فلا يستحق بجنائسه وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد
للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما إذا اتصل به حق من لا جنابة منه فانه جمل وعلاؤذن
في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا فباعها) المشتري (ورجعه فيها تصدق
بالرجع ويطلب له ثمنه ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل فرج والاصل في هذا أن
المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدرهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث
نوعان خبث في البطل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى
ان الغاصب أو المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما معرض أو نقد أو دأيا ضمانهما وفضل
رجع وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما
لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بثلثه في الذمة لكنه انما توسل الى الرجوع
بالمغصوب أو الوديعة فتسكن فيه شبهة الرجوع بمال الغير من حيث انه يتعاقب به سلامة المبيع ان نقد الدرهم
المغصوب أو نقد الثمن ان أشار الى الدرهم المغصوب به ونقد من غيرهما فيصدق به لان الشبهة معتبرة
كالحقيقة في أبواب الرجوع والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه
عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالرجوع في مسئلتنا وتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب
فيه عدم الملك للشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص
وهو نفيه عن الرجوع بالوالب لا يتعدى والاعتبار بما دونها كشبهة الشبهة وهو لم يفسد باب التجارة وهو
مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري بالرجع فيها ويطلب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على

جميعا واذا ظهر هذا فن
أشترى جارية ببيع فاسدا
وتقاضا فباعها ورجع فيها
تصدق بالرجع وان اشترى
البائع بالثمن شيئا ورجع فيه
طالب له الرجوع لان الجارية
بما يتعين بالتعيين فيتعلق
العقد به او يؤثر الخبث في
الرجوع والدرهم والدنانير
لا يتعينان فلم يتعلق العقد
الثاني بعينه فلم يؤثر الخبث
فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه
ومعنى عدم التعيين في بابه
لو أشار اليها وقال اشتريت
منك هذا العبد بهذه
الدرهم كانه أن يتركها
ويُدفع إلى البائع غيرها لما
ان الثمن يجب في ذمة المشتري
لا يتعلق بعين تلك الدرهم
المشار اليها في البيعة وهذا
انما يستقيم على الرواية
الصحيحة وهي انما لا يتعين
لا على الاصح وهي التي
تقدمت انما لا يتعين في
المبيع الفاسد لانها منزلة
المغصوب ومن غصب جارية
وباعها بعد ضمان قيمتها
فرجع فيها أو غصب درهم
وأدى ضمانه واشترى
بها شيئا ورجع فيه
تصدق بالرجع في الفصائل
عند أبي حنيفة ومحمد لان
الخبث لما كان لعدم الملك
أنه فيما يتعين وفيما لا يتعين
(قوله وهذا انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهي

رحمه الله أنه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد أم لا ولم يشك في الاختلاف وقد نص بمحدره
أنه على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة معني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون نصا
على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالبناء لان التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على
الاختلاف في أصل ذلك الفرع (قوله والفرق أن الجارية بما يتعين) والاصل أن الخبث نوعان خبث لعدم
الملك ظاهر وخبث لفساد الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقد فالخبث لعدم
الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف في العروض والنقد وأدى ضمانه مال للمالك وفي الرجوع
يتصدق بالرجع عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لتعلق العقد بمال غيره ظاهر افما يتعين فيمكن حقيقة
الخبث وفيما لا يتعين يمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به أو نقد الثمن فصار ملك
الغير وسيلة الى الرجوع من وجه فيمكن فيه شبهة الخبث وأما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا
يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هذا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين

انما لا يتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعيين سواء كان في الغصب أو في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني لا يتعينان
ولا يضر تعينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لا على الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بوجهين متباينين بقوله ثم
اذا كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانهم اتفقوا بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الاصح (قوله أن الخبث لما كان لعدم الملك الخ)

وقال أبو يوسف يطيب له الرجح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو ما ان أشار اليها أو قدمها أو أشار اليها أو قدم من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمن وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والرجح في الاول حصل ذلك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا يدمنه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالرجح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الرجح لم يكن بماله ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين الى شبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتمدة لا النازل عنها قبل بالحديث وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الرجح بالريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك بل على تقدير اختصاص الريبة (١٠٥) بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخله في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبر لا غير مادونها أيضا دفعها القضاء لكن لا يهيج اعتبارها مثلا ينسب باب العبارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها قال (وكذلك اذا ادعى الرجح) رجل قال لا خير لي عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقانه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى ورجح طلبة الرجح ولا يجب التصديق به لان الخبث ثبت لفساد الملك لان الذين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا للملكه لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك

لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتمدة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر مالا ففضاه اياه ثم تصادقانه لم يكن عليه شيء وقد رجح المدعى في الدراهم يطيب له الرجح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية

الرواية القائلة انه لا تتعين النقود في البيع الفاسد ما على الرواية القائلة تتعين في حكم الرجح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف ان رواية التبعين في البيع الفاسد هو الاصح فثبتت الاصح وجوب التصديق على البائع أيضا عار بجح الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الرجح صريح في رواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بدينار فباعها سدا بالف وتقاها ورجح كل واحد منهما فباعها قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بدينار رجح ويطلب الرجح الذي قبض الدراهم وحينئذ فالاصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات بخلاف ما سواه من الشركات والوديعات والغصب والشركة إنما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الرجح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كافي المبيع المعين وعندنا لا يعلو وليس له أن يحبسها أو يعطي مثلها عندهما (قوله وكذلك الرجح) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا ففضاه ثم تصادقانه لم يكن له عليه شيء وقد رجح المدعى في الدراهم متى قبضها على أنها دينه (يطيب له الرجح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية أي بالاقرار ثم ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على آخر مالا أي دواهم أو دنانير (قوله لان الدين وجب بالتسمية) أي تصادقهما لان المرء مؤاخذا بقراره في الحكم فاذا تصادقا أن الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ماله

(١٤) - (فتح القدر والكفاية) - (سادس) لان بدل المستحق لم يولد له اذا كان ههنا يتعين كما اذا اشترى عبدا بدينار وبعثه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق لم يولد كالمائة ذل لا متناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين أولى لكنه يفسد الملك اذا الاستحقاق قصدا في مقابلة له فيه فلو كان فيه كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو هو رنه وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بان الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذ رجح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما ثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة لعدم وشبهة لعدم الحقيقة بحقيقة الغدوم فيما يمتنى على الشبهات وأصدق تبنى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الرجح فالمالك بعد الضمان يعيد طيب المفعوب لا طيب الرجح الخاص منه لأنه بالنسبة اليه كالعديم اه ونحن نقول فعلى هذا يكون في رجح المفعوب المضعون شبهة الخبث وفي رجح الدرهم المفعوب المضعون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاه في الكلام حيث لا يخرج به الى الحقيقة فليست امل

ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوكاً فلا يعمل فيما لا ينبغي
 * (فصل فيما يكره) * قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النخس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد
 الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا

عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق
 مملوكاً) أي ملكاً فاسد سواء كان عبداً أو ديناً ما عينا فبدل أن من اشترى عبدًا بجارية أو ثوباً ثم اعتق
 العبد واستحق الجارية يصح عتق العبد فولم يكن بدل المستحق مملوكاً لم يصح العتق إذ لا عتق في غير الملك
 والعبد بدل الجارية المستحقة وإذا ملكه فاسداً فيما لا يتعين لا يعمل فيه نجساً فطاب له الرجوع في الجامع الكبير
 لقاضيخان بدل المستحق مملوكاً بدليل ما لو حلف لا يغارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغيبة بذلك
 الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه فلم يحنث
 وبين فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يطل البيع فيه شبهة عدم الملك
 ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تملك فيه شبهة الخبث فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه
 شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر وعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما زعم أنه ملكه أم لو كان
 في أصل دعواه الدين منعمداً للكدب فدفع إليه لعله كذا أصلاً لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه وأنه أعلم

* (فصل فيما يكره) * لما كان دون الفاسد آخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم
 فساد العقد والافهذه الكراهات كلها تحريم ولا يعلم خلافها في الآثم ومقتضى النظر عندى أن يكون على
 أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبإدى في القحط والاضرار فاسداً وتلقى الجلب إذا ليس
 باطلاً أو يثبت له الخيار وهذا لأن النهى مطلق لا يحرىم الاضرار وهذه المعاني المدكورة سبب النهى تؤكد
 المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة
 للعدواة والبغضاء كالنحر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما يحى به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرراً عام
 للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على
 تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منقذر لدم الرضا به كقول مالك أو منقذر أو يثبت له خيار الفسخ
 كقول الشافعي وكون الوصف مجاوراً أو لازماً لا ينفى ما ذكرنا إذا اصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية
 المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الاكون العدم مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة
 المنهى عنه وبذلك البدل منه بالقبض وناخر الملك إلى القبض ليس الا لجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه
 المبيعات ذلك كما غير أنه لما كان المنع باخبار الأحاد الظنية سموه مكروهاً على اصطلاحنا ولما كان الركن
 وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتاً جعلته فاسداً (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النخس
 وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغرب للمسلم ظمها ما إذا لم
 تكن بلغت قيمتها زادت القيمة لا يريد الشراء بخلافه لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره إذ كان شراء الغير
 بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيوع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع

استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لأن بدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً كالبائع أمه بالف وتعاوضا
 فاستحق الأمانة كان الثمن مملوكاً للبائع ملكاً فاسداً ولو جوب رده عليه ولكن لا يطل فية يمكن فيه شبهة
 عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تملك فيه شبهة الخبث فإذا حصل من دراهم فيها شبهة
 عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر والله أعلم بالصواب

* (فصل فيما يكره) * (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النخس) وهو يفتحنين وروى
 بالسكون أن تستام السلعة باز يدمن ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخرفيقع فيها وكذا في النكاح وغيره

* (فصل فيما يكره) * قبل
 المكروه أدنى درجة من
 الفاسد ولكن هو شعبة
 من شعبة فالذلك ألحق به
 وأخر عنه ولعل تحقيق ذلك
 ما ذكر في أصول الفقه أن
 القبح إذا كان لا مرجح
 كان مكروهاً وإذا كان
 بوصف متصل كان فاسداً
 وقد قررنا في التقرير (ونهى
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم عن النخس) يفتحنين
 (وهو أن يزيد الرجل في
 الثمن ولا يريد الشراء
 ليرغب غيره) ويجرى في
 النكاح وغيره حيث قال
 عليه الصلاة والسلام
 (لا تناجشوا) أي لا تفعلا
 ذلك وسبب ذلك إيقاع
 رجل فيه باز يدمن الثمن
 وهو خداع والخداع قبيح
 جاور هذا البيع فكان
 مكروهاً وظاهر من هذا
 الراغب في السلعة إذا طلبها
 من صاحبها بانقص من ثمنها
 فزاد شخص لا يريد الشراء
 إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون
 مكروهاً لا انتهاء الخداع

* (فصل) * فيما يكره

(ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه اله لاة والسلام لا يستام الر جل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفي في معنى النهي فيعيد المشر وعية وصورته أن يتسوم الرجلان على الساعة والبائع والمشتري رضي بذلك ولم (١٠٧) بعد عقد البيع حتى دخل آخر

على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإباحش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكرها اذا جع البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح أما اذا لم ينجح فلا بأس بذلك لانه بيع من يز يدوقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يز يدقال وعن تلقى الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تاقى الجلب أي المجلوب وصورته لمصرى أخيه يعني قاطله بيرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصري ليعه على ما أراه فذلك لا يتخلوا ما أن يضرباهل البلد أولا والثاني لا يتخلوا من أن يلبس السعر على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أهل المصري فمقط وضيق فهو مكره باعتباره في الضيق المجاور المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضرو وهو فيج فبكره والا فلا بأس بذلك

قال المصنف والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما عيشان فلا بأس به وعزاه

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الر جل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك إباحشا واضرا وهذا اذا تواضى المتعاقدان على مبلغ من في المساومة فاما اذا لم يكن أحد هما الى الآخر فهو بيع من يز يدولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه يحمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تاقى الجلب) وهذا اذا كان يضرباهل البلدان كان لا يضرب فلا بأس به الا بالنس السعر على الواردين حيث يذكره لمافيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان أهل البادي فمقط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لمافيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر

حاضر للبادي والخش بفحنتين و يروى بسكون الجسيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الر جل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذنه وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تاقى الركبان الى أن قال وأن يستام الر جل على سوم أخيه وعرفت مشيره وهو ما فيه من الإباحش والاضرار وشروطه وهو أن يتراضيا ثم ويقع الركون به فيجى آخرفيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه ر جل وجبه فيبيعه منه ولو جاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجى آخرفيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضرب صاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيه ما حد يشان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامع للبيع والشراء مجازا لانما يحتاج الى ذلك لولم يرد حديث الاستيام وكذا حمل في الخطبة فان لم يتراضيا هو بيع من يز يدولا بأس به كما سنده ذكر (قوله وعن تاقى الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسار والتاقي صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون لاطعامهم منهم في سنة حاجة لبيعه من أهل البلد بزيادة وثانية ما أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أمالولم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشترى في معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا يحمل النهي اذا كان يضرباهل البلد أو لبس أما اذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ويحمل النهي (اذا كان أهل البادي عوز) أي حاجة (أو مقطه وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلاواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له و يبيع ويغلى ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير اضدها وهي الجارة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكانه لما سئل عن لية نهى بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه لاسمسار (قوله

ومنه الحديث نهى عن الخش ولا تناجشوا أي لا تتعاولوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا تستام نهى بصيغة النفي وهو بائع (قوله وعن تاقى الجلب) جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهى عن تاقى الجلب كذا في المغرب (قوله وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي)

الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فان ألقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي اه وفيه بحث

يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة (قوله وهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لأن تقديره والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام وهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلى غلامين أخو بن صغير بن ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بهت أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارداد دودو وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد بالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير والكبير بالكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاقد وفيه ترك المراجعة على الصغار وقد وعد النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المراجعة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاقد ترك المراجعة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استئناس وتعاقد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون أحدهما ذارحم محرم من الآخر (١٠٩) كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا

والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة وهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله تعالى عنه غلامين أخو بن صغير بن ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بهت ينظر في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان القريم لان ذلك موهوم (والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه محيى بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدته ولدها وقال اسنده صحيح وفيه طلق بن محمد تارة ورويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طلق بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مراسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طابقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والافالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق إلا في سوقها طولا علينا وأما حديث علي رضى الله عنه فاخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الجراح بن اوطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضى الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخو بن فبهت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه ابوداود وابن ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضى الله عنه قال قدم علي النبي صلى الله عليه وسلم سي فامرني ببيع أخو بن فبعتهما وفرقت بينهما ثم أثبت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا فلا تفريق بينهما وصححه الحاكم على بركن أحدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد (قوله ما فعل الغلامان) أي ما حالهما وقوله وروى ارداد

للكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا لبقاء التناقض والجواب ما أشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استئناس وتعاقد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الخلق الغير بالدلالة اذا ساواه لبيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة المحرمة ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح ولا ضرر فيه حتى يلحقهما فلا يرد ما قبل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) أقول قوله فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة (قوله وهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لأن تقديره والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام وهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلى غلامين أخو بن صغير بن ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بهت أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارداد دودو وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد بالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير والكبير بالكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاقد وفيه ترك المراجعة على الصغار وقد وعد النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المراجعة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاقد ترك المراجعة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استئناس وتعاقد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون أحدهما ذارحم محرم من الآخر (١٠٩) كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا

للتكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيراً غير افككت العلة منقوضة ولزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أمه فانه لا بأس ببيع الآخر وان (١١٠) حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية تنفس أو مال فان للمولى أن

أحدهما فقال أدرك أدرك و بوي ارداد ودولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد هـ
فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفي ترك المرحمة على الصغار وقد وعد عليه ثم
المنع معلول بالقرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه
الزواج حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما
في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والاخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما

شرط الشيخين ونفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواء أحد
والنزار وفيه انقطاع ولا يصح على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير
والكبير يتعاهد هـ) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفي ترك المرحمة
على الصغار وقد وعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا
ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخاري في كتابه المغرد في الادب وروى الطحاوي في
مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب انما نالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قبل
عن عباد بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يحمل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول
رواه البخاري في كتابه المغرد في الادب من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى
مشهور ولا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخله
محرم غير قريب) كحرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان
حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) وسورده كان في المحرمة كافي الوالدة

أي استرد (قوله ثم المنع معلول بجملة القرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كأمه الأب
ولا قريب غير محرم كابن العم فان قيل أليس أن الحربي اذا دخل دارا بغير إذن أخيه من صغيرين بامان فادان
ببيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه
منه انظر من مراعاة التفريق (قوله ولا يدخل فيه الزوجان) حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد
بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس
مخالفا لما ذكرنا فمما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير
يتعاهد الى آخره قلنا النص لا بد أن يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه كما قلنا أن في حديث
القهقهة معنى معقولا وهو أن القهقهة جناية في مقام المناجاة مع الرب فاوجب نقض الطهارة جزاء لجنايته
لمنع مقصوده من المضى في الصلاة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء
الصوم مع الاكل ناسيا أن فساد الصوم يتعلق بترك الاتعم بختار والنامي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول
عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفتها الدليل الظاهر فعلم
بهذا أن مطلق وجود المعنى لا يدل على أن يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفتها الدليل
الظاهر وهما كذلك لان الصغيرين ملكه والملك عبارة عن المطلق الحاضر والقياس الظاهر يقتضي أن
يجوز تصرفه فيه بالجميع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك سوى العبد والامام وفيه ما في الكبيرين
فهذا سمي بخلاف القياس وان كان فيه معنى معقول من وجه آخر كافي النظائر (قوله لما ذكرنا) أي

يدفع وفيه تفريق مع انه خير
بين الدفع والقداء وله ولاية
المنع عن البيع باداء القيمة
والثالث اذا كان المالك
حريرا جاز للمسلم شراء
أحدهما وكما يكره التفريق
بالبيع يكره بالشراء
والرابع اذا كان صغيرا
وكبيرين جاز بيع أحده
الكبيرين استعسانا وان
لزم التفريق والخامس اذا
اشترهما ووجدا باحدهما
عيبا كان له رد العيب في
ظاهر الرواية ولزم التفريق
والسادس جاز اعتاق
أحدهما على مال أو غيره
وهو تفريق والسابع اذا
كان الصغير مرافقا جاز
بيعه برضاه ورضاه لزم
التفريق واذا تأملت ما مهد
لك آتفا ظهرك عدم
ورودها فان ما خلا الاخيرة
يشتمل على الضرر والاول
فلا بأس ببيع أحدهما
استغنى عن شرعي لومع عن
بيع الآخر ضرر المولى
والمنظر اليه دفع الضرر
عن غيره لا الاضرار به
لا يقال المنع عن تصرف
التفريق مع وجود الملك
المطلق له اضرار فكيف
يحمل لانه لو لم يحصل ذلك
لزم اهما مال الحديث وأما
الثاني فلا نول لزم المولى

القداء بدون اختياره وتزمر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه ولو
تضرر الصغير قصد اعدا على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشق فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا العرضية لا السر والقتل
(قوله أول لزم التزام القول بتخصيص العلة) أقول فانه طهران العلة هي الرحم المحرمة الغير المستلزم صررا بالملك وبالصغير قصد (قوله وأما
الثالث فلان منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

وفي الآخرة لأن ظاهر من يشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلأن منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر
أضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف (١١١) وعلى ظاهر الرواية أنما جاز لأن يرد

السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب أضرار للمشتري فيتعين رده

دفعاً للاضرار عنه وأما في

السادس فلأن الاعتناق هو

عين الجمع باكمل الوجوه

لأن المعنى والمكاتب صار

أحق بنفسه فيدور هو

حيثما دار أخوه ويتعاهد

أموره على ما أراد ولا اعتبار

بخروجه عن ملكه بعد

ما حصل المعنى الموجب في

ابقائهما جميعاً مع زيادة

وصف وهي استبداده بنفسه

وأما في السابع فلأن منع

عن التفريق للاحتراز عن

الضرر بهما فلما وضيا

بالتفريق اندفع الضرر

ففيما عدا الأخير من ضرر

فلا يكون في معنى ما لاضرر

فيه من كل وجه فيلحق به

وأما السادس فلا تفريق

فيه وأما السابع فن قيل

استسقاط الحق ثم لا بد من

اجتماعهما في ملك شخص

واحد حتى لو كان أحدهما

له والاخر لغيره لا بأس ببيع

أحدهما لأن التفريق

لا يتحقق فيه وذ كر الغير

مطلقاً ليتناول كل من كان

غيره سواء كان الغير بناصراً

له أو كبيراً أو هامياً مؤنته

أولاً وسواء كان زوجة

أو مكاتبته ولا يجوز بيع

أحدهما من أحدهما

ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجنانية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الأضرار به

ولدها والاخر من فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الحال وبين أخته والحالة وبنت أختها لأن النص ما ورد في الولادة والاخر من فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت بمعنى دلاليها وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لقطع بان خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخر من فعمل أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الحال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء من لزم الصغير كاستيلاء كمال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذله ان يدفع عنه الفداء والدين ويستقيم ورده وحده بعيب محصنه فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يرددهما جميعاً أو يسكنهما كما في مصر اعي الباب اذ او جد باحدهما عيباً والراية أن يرد أحدهما أو يستولد الامة وحدهما جاز ببيعة الآخر والخامسة أن يكون لطرفي مستأمن فباع أحدهما فلا مسلم ان يشتريه مع أن المنع كجاءه للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل ببيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبالمال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالأخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقاً فرضى بالبيع واختاره ورضيته أنه جاز ببيعة فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لأن المنظور إليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاماً للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحمة المحرمة غير المستلزم ضرراً بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع متفعية عند من منع تخصيص العلة أو خصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه منعه من التصرف في ماله وأما بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والاتفاق ببدل لهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بقدر عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا تعريض على القتل والسبي والسبي هلاك ويحجب مما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستعجال وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من آثاره لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كأمه والحال أو أتحدث كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والسكابة عين الجمع لا التفريق فان المعنى والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من السكون مع أخيه حيثما كان وأيضاً صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشترع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذي عبده امرأة أمته ولدت منه فاسلم العبد وولده صغيراً فانه يجبر الذي على بيع العبد وابنه وان كان تفرقاً بينهما وبين أمه لانه يصير مسلماً باسلام أبيه

من أن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد (قوله وبيعه بالدين) بان استهلك أحدهما مال انسان وكذا اذا كان ماذوناً فله حق دين يباع في الدين وان حصل التفريق (قوله ورده بالعيب) بان اشتراهما

اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء المسئلة وجواب ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما يسه يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يقدي فكان الفداء أولى

قال المصنف (لا الأضرار به) لقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك و جاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما رواه يثاقان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد وله من ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء (وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صرح أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا متين أخنتين

فهذا التفريق يحق (فوله فان فرق كرهه ذلك و جاز العقد) اذا كان المالك مسلما حرا ومكاتباً وما ذونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرايع والوجه انه ان كان التفريق في ملتزم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان تمتعاً في ملتزم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما رواه يثاقان حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما واربعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (وله من ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه وحينئذ يجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقبله رغبة في ثواب الاقالة أو ان يبيع الاخر لا خرمته واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذ كرفه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة ابن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفريقا بين الام ولدها فقيس الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي أظهر قوليه الى زمان التيسير سبع أو ثمان بالتفريق والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذ كره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التمهيق وقال الاشبه انه موضوع وسبه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المدني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذ ارهاقنا ورضينا بالتفريق فلا بأس به لانهم من أهل النظر لانفسهم ما رواه يثاقان المصلحة في ذلك (قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صرح أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهمل ذ كره ابن عبد البر في الاستيعاب (قال البزار بعد أن غلطه للعديد طريقتا ذ كرهها لكن روى هذا الحديث عن بشر بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهشم انتهى وبشير بن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما إحدى الجاريتين ففسرها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ابراهيم وأما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذ كره أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسل أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن أبي بلتعة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين أحدهما أم ابراهيم وأما الاخرى

فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن أحدهما يحمل البيع بان كان مدبرا ومكاتباً (قوله لمعنى مجاور) وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء كذا في المبسوط (قوله كراهة الاستيلاء) أي السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه أدركك محمول على طلب الاقالة أو بيع الاخرين باع أحدهما منه (قوله ليس في معنى ما ورد به النص) لان كل واحد منهما يقوم بمواضعه ورجاها لا يستأنس أحدهما بالآخر بل يتأذى أحدهما من الآخر باحسان السيد الى أحدهما والله أعلم

قال (فان فرق كرهه ذلك و جاز العقد الخ) فان فرق كرهه ذلك و اطلاق التفريق يدل على أنه مكروه وسواء كان بالبيع أو القسم في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد لقومها وصف غير هار عنه لا يجوز في جميع ذلك لما رواه يثاقان قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدركك ولزبد بن حارثة أردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد وله من ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافساد الاستيلاء والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الاقالة أو بيع الاخرين باع منه أحدهما (قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما)

(قوله و اطلاق التفريق يدل الخ) أن قوله و جاز البيع يدل على التقيد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدركك و اردد (قوله أو يبيع الاخر الخ) أقول في أدركك لم لفظا أو ههنا مانع الخلو

(باب الاقالة)

فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهى أم زكريا بن جهيم الذى كان خليفته عمرو بن
العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجيع ينفى ما حديث آخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثنى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فبعت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأزلىنى في
منزله فاقبت عنده ثم بعثت الى ورجع بطارقه الى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابن جهيم بن
حذيفة العدوى وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وائس في شئ منها
أن الجارييتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجز ذكروا الربيع سليمان الكلاعى في كتاب الاكتفاء
عن الواقدي باسناد له أن المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد أمرت له هدايا
وجارييتين أختين فارهتني وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت
لك بمائة دينار وخمسة أبواب فارحل من عندي ولا تسمع منك إلا ببط حرقاً واحداً فهذا مع توثيق الواقدي
دليل على المطالب وقد أسلفنا توثيقه وذكر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري
عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالتة أعلم بذلك وانما يوجب أبو داود لا يفرق بين المذكورات
للحديث الذى في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزاره الى أن قال فبعت بهم الى
أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب ففعلنى أبو بكر ابنة فقدمت المدينة فقال لى النبي صلى
الله عليه وسلم يا سلمة هبلى المرأة فقلت هى لك ففدى بها أسارى مكنة انتهى مختصراً فهذا التفريق وان كان
من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علموا بنسب الجارية ولم يردوها الى أمها بل أبعدها
دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو السبيل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم *(فروع)* اذا كان
مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمته أو له أو أخ جاز بيع من سوى الام
وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون الام مع اعتبار الاختلاف الجهة والعصم ما ذكر في ظاهر الرواية بيان
شقة الام تغنى عن سواها ولذا كانت أحق بالخيانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة
والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمته وخالة جاز بيع العمته والخالة ولو كان معه عمته وله لم يباعوا ٣ الا
مع الاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان وأخوة كبار في رواية الامالى لا يباع واحد منهم
والعصم أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشقة أمر باطنى لا يوقف عليه فيعتبر السبب
ولا يعتبر الا بعد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة أحدهما يغنى وكذا لو ملك ستة أخوة ثلاثة كبارا
وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبير جاز استحساناً فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير
الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جلة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفى
الاستحسان لا يباع لان الاب فى الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الاصل أنه اذا
كان معه عدد أحدهم أبعده جاز بيعه وان كانوا فى درجة فان كانوا من جنس مختلفين كالأب والام والخالة
والعمة لا يفرق ولكن يباع السكلى أو بمسك السكلى وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين
جاز أن يسكك مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

(باب الاقالة)

(باب الاقالة)

فقبل الاقالة مشتقة من القول والهزمة للسلب كاشكى أى زال القول السابق وهذا سهو بوجه أحدها
أنهم قالوا قلت البيع بالكسر وأقلته فدل على أن العين باء والثانى أن فى الصحاح أو ردالة البيع في ذكر
القاف مع الياء لا في ذكر القاف مع الواو فقال وأقلته البيع اقالة وهو فمخفوف بما قالوا فالتة البيع والثالث

لانه ليس في معنى ماورد به
النص يشير الى أن مراده
فيما تقدم الاطلاق بدلالة
النص كما قررناه وقد صح
أن النبي صلى الله عليه وسلم
فرق بين مارية وسيزين
وكانتا متين أختين يرى
أن أمير القبط أهدي الى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم جارييتين أختين وبغلة
فكان يركب البغلة بالمدينة
واتخذ إحدى الجارييتين
سرية فولدت له ابراهيم
وهى مارية وهبها لآخرى
لحسان بن ثابت وكانها
سهرين بالسسين الهيملة
ذكره ابن عبد البر في كتاب
الاستيعاب وهذا كما اذا
كان المالك مسلماً حراً
كان أم مكاتباً أو مائزناً له
وأما اذا كان كافراً فلا
يكراه التفريق لان ما فيه
من الكفر أعظم والكفار
غير مخاطبين بالشرايع

(باب الاقالة)

(باب الاقالة)

(الاقالة) الخلاص من نخب البيع الفاسد والمكر ولما كان بالغسغ كان للاقالة تعلق خاص بها فاعقب ذكرها باهاه وهي من القيل
لامن القول والمهزة للسلب كاذب اليه بعض بدليل قلة البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله
عشرته يوم القيامة نذب صلى الله عليه (١١٤) وسلم اليها بما يوجب التحريض عليهما من الثواب انبأرا أو دعاء وكلاهما لا يكون الا

لمشروع ولأن العقد حقهما
وكل ما هو حقهما بما كان
ورفع الحاجة ما وشرطها
أن تكون في الثمن الاول

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم
القيامة ولأن العقد حقهما فبما كان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد
بمثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما

(فان شرطاً أكثر منه أو أقل
فالشرط باطل ويرد مثل
الثمن الاول والاصل في ذلك
أن الاقالة فسخ في حق
المتعاقدين) ولهذا بطل

مناسبه الخاصة بالبيع الفاسد والمكر وه أنه اذا وقع البيع فاسداً أو مكرراً وها وجب على كل من المتعاقدين
الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المخطور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في
النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكررة وه السابقة وهو حق لان رفع المعصية
واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان فكيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات
السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكرره بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الاقالة
من القول والمهزة للسلب فاقال جمعني أزال القول أى القول الاول وبيع البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع
بانهم قالوا قلته بالسكسر فهو يدل على أن عينه باء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف
مع الياء لامع الواو أيضاً ذكر في مجموع اللغة قال البيهقي قلا واقالة فسخه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل
الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة)
أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعشى عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من أقال مسلمًا بيعته أقال الله عشرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم
وقال على شرط الشيخين وأما اللفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولأن العقد حقهما فبما كان رفعه دفعا
لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة
وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جبه يفيد المعنى الذي مهد به قوله (والاصل) أى الاصل في لزوم
الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول
كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو رجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يدخل في

مناطق به من الزيادة على
الثمن الاول والنقصان منه
ولو باع البائع المبيع من
المشتري قبل أن يسترده
منه جاز ولو كان بيعا لجاز
لكونه قبيل القبض ببيعاً

جديداً في حق غيرهما ولهذا
تجب الشفعة للشفيع فيما
إذا باع دار فسلم الشفعة ثم
تقايلا وعاد المبيع الى ملك
البائع ولو كان فسخاً في
حق غيرهما لم يكن لذلك
وشرط التقاض إذا كان

ما ذكره في مجموع اللغة في القاف مع الياء وقاله البيهقي قلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في
اثبات جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام نذب الى الاقالة بما يوجب التحريض من الثواب والاصل أن
الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخاً حقهما تظهر في مواضع أحدها أن يجب على البائع رد
الثمن وما نطقاً بخلافه باطل والثاني أن الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد ولو كانت بيعاً في حقهما أيضاً
لبطلت بالشرط الفاسد كما يبطل البيع ويبطل بما عند أبي يوسف رحمه الله في الموضوع الذي يجعلها بيعاً
والثالث بعد ما تقايلا قبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع لانه فسخ في حقهما ولو
كان بيعاً لجاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع لان في حق غير بيعاً جديداً
وفائدة كونها بيعاً جديداً في حق غيرهما تظهر في مواضع أيضاً أحدها أن المبيع لو كان عقاراً لم يجب فيه
الشفعة فسلم الشفع مع الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا المبيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطلب الشفع
الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني أن البيع لو كان صرفاً فالتقاضى في
كلا الجانبين شرط لصحة الاقالة فجعل في حق الشرع كبيع جديد والثالث أنه لو اشترى شيئاً وقبضه قبل نقد
الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باق من الثمن قبل العقد جاز
فصار في حق البائع كأنه ملك بسبب جديد والرابع أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس

البيع صرفاً فكانت في حق
الشريعة بيعاً جديداً وهذا
لان لفظها ينبت عن الفسخ
كما سدد كره ومعناها ينبت
عن البيع لكونها مبادلة
المال بالمال بالترضى
وجعلها فسخاً أو بيعاً فقط
اهمال لاجد الجانبين
وأعمالهما ولو بوجه أولى

فان قبيل ما الجواب عن
انتقاض حد البيع بالاقالة
قلنا المراد من المبادلة في تحديد
البيع هو ما كان مبادلة

ابتداءً لاجتماع بطريق الرفع بقرينة مقابلة الاقالة للبيع (قوله وهي من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيهقي
قلا واقالة فسخه (قوله والمهزة للسلب) أقول فاقال بمعنى أزال القول أى القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها: أن تكون بالثمن الاول الخ)
أقول لو كان شرطاً لا تنفي بانتهائه وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه

فعلناها من حيث اللفظ فستخافى حق المتعاقدين لقيامه بما فتنه من أن تكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسبحا بطلت كذا وولدت
المبيعة بعد القبض وإذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الآن يتعذر جعلها بيعا
كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسحها الآن تعذر جعلها فسحاً فيجعل كذا تقايلا في العرض والمبيعة بالبراهم بعدها كذا وعند
محمد هو فسحها الآن تعذر ذلك كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا الآن تعذر ذلك فتبطل كذا في صورة بيع العرض بالبراهم بعدها كذا
استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للفسخ والدفع يعني أن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلنى عثرى وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصر إلى
المجاز فيجعل بها وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع في حق ثالث واستدل (١١٥) أبو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال

بالمال بالتراضي وليس
البيع الا ذلك واعتقد
بثبوت أحكام البيع من
بطلانها بمسألة السلعة

والرد بالعيب وثبوت الشفعة

وعروض بانه لو كانت بيعا

أو محتملة لانه بعد البيع

بلفظ الاقالة وليس كذلك

وأوجب يمنع بطلان اللزوم

على المردى عن بعض

المشايخ بالفرق بعد التسليم

بأنه اذا قال ابتداء أقلنى

العقد في هذا العبد بأن

درهم ولم يكن بينهما عقد

أصلا تعذر تعميها ببيعان

الاقالة انما أضيفت الى مالا

وجوده فتبطل في مخرجها

وما نحن فيه ليس كذلك لانها

أضيفت الى ماله وجودا أعنى

به سابقة العقد قبلها فلم يلزم

من ارادة المجاز من اللفظ في

موضع لوجوه ادلة على

ما أراد من المجاز ارادة المجاز

في سائر الصور عند عدم دلالة

الدليل على المجاز وفيه نظر

من وجهين أحدهما انه

يفهم منه ان أبا يوسف يجعل

الاقالة بيعا مجازا وذلك بمصير

الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز

الآن لا يمكن جعله فسحاً فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الآن لا يمكن
جعله بيعاً فيجعل فسحاً الآن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسح الآن لا تعذر جعله فسحاً فيجعل بيعاً الآن
أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلنى عثرى

الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن
فعلها ما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا يعطى بالنسبة الى غيرهما حكم البيع كما سنده كره
(فان لم يمكن جعله فسحاً) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكذا كان المبيع عرضا بالبراهم فهلك (تبطل)
هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع الآن لا يمكن جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض
في مبيع منقول فتجعل فسحاً فان تعذر كونها بيعا وفسحاً كلاً كان المبيع عرضا بالبراهم فتقايلا بعدها هلاك
العرض فينبذ تبطل وعند محمد فاب قول أبي يوسف فهي فسح الآن يتعذر فبيع البيع الآن تعذر فتبطل والعجب
أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلغطين أحدهما مستقبلاً كلاً قال أقلنى فقال
أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسح ويقول لا تنعقد الا بالمضى
فيهما لانها كالبيع فاعطى بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة
لا تجرى في الاقالة فجعل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدروري وذكره في التراتيب والذى
في فتاوى قاضيه أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار وأقول لمحمد ولا يتعين مادة قاف لام بل
لوقال تركت البيع وهال الآخر ضمنت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه فيصا في
قوله قول المشتري أقلتك وتنعقد بفسحك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أى لفظ الاقالة وضع
(الفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلنى عثرى) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدم ما بعد وجودها

للاوهب أن يرجع فصار كان البائع اشترها في حق الواهب كذا في شرح الطحاوى (قوله الآن لا يمكن
جعله فسحاً فيبطل بان ولدت المبيعة ولدا بعد القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو
حنيفة رحمه الله لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الآن لا يمكن جعله بيعا
فيجعل فسحاً كلاً تقايلا في المنقول قبل القبض أو تقايلا في بيع العرض بالبراهم بعدها كذا وعند
أن لا يمكن جعله فسحاً أيضاً فينبذ تبطل الاقالة في نفسها كذا في بيع العرض بالبراهم اذا تقايلا بعدها هلاك
العرض وكلاً تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها
بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسحاً أيضاً لان الفسخ انما يكون بالثمن الأول
وقد سمي ثمن آخر وعند محمد رحمه الله هو فسح كما قاله أبو حنيفة رحمه الله حتى لو تقايلا بثمن الأول أو
بالأقل يكون فسحاً اذا تعذر جعله فسحاً بان تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول منقوض بما اذا كانت الاقالة بلفظ فاسحك أو تاركتك فانما حينئذ فسخ اجزاء مع جريان
الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أى المعنى المجازى (قوله وذلك بمصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول ألا يرى أنه
يجعله فسحاً اذا لم يكن جعله تبعاً لذلك أن تقول يجوز أن لفظ المجاز يتجاوز عن المنقول بعلاقة المشابهة للمعنى لا يلزم من ارادة المعنى المنقول اليه
في موضع لوجوه الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فان قيل بماذا ثبت
النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تنقزع على مبادلة سابقة وتترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده

والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذات التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضي اني سابقة العقد واستدل أبو حنيفة بوجه الله
أن اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة قيد والاصل اعم بالالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان أمكن والابطال وهما
لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعاره أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة
بيع جديد في حق الثالث ولولم يجعل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذا ثبت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا
ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما لكون افعلهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو المالك للبائع تبطل
ظاهره وموجهه في حق ثالث دونهما (١١٦) لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه البسط ان البيع

وضوح لا ثبات المالك قصدا
وزوال المالك من ضروراته
والاقالة وضعت لازالة المالك
وابطاله وثبوت المالك للبائع
من ضروراته فيثبت المالك
لشكل واحد منهما فيما كان
لصاحبه كما ثبتت في المبيعة
فاعتبر بموجب الصيغة في
حق المتعاقدين لان لهما
ولاية على أنفسهما فاعتبر
اعتبار الحكم في حق غيرهما
لانه ليس لهما ولاية على
غيرهما ووجه آخر ان
المدعى أن كون الاقالة بيعا
جديدا في حق ثالث ليس
مقتضى الصيغة لان كونها
فرضا يقتضيها فلو كان
كونها بيعا كذلك لزم الجمع
بين الحقيقة والمجاز وهو
محال والجواب لا يفي حنيفة
رحمه الله عما استدله
أبو يوسف من ثبوت
الاحكام ما قبل الشارح
ببطل الاحكام فلا يغير
الحقائق فانه أخرج دم
الاستحاضة عن كونه حدنا
وفساد الاقالة عند هلاك
المبيع وثبوت حق الشفعة
من الاستحاضة ان يغير وثبت في ضمن الاقالة وأما الادلة فنالحق ولا يخبر بها عن حقيقة التي
هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحكم على محتمله وهو المبيع الا ترى انه يبيع في حق الثالث ولا يفسد رحمه
الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو أحد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وثبت به
الشفعة وهذه أحكام البيع

وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه
قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحكم على محتمله وهو المبيع ولا يفسد رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا
هو أحد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة بغاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كافي التولية وأخذ الدار
بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع) بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب
بالحدث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا
ودعت في منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بيجعله قد صحح كالكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع
بانشائه ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه في الصحيح

بعد القبض باكثر من الثمن الاول بخلاف جنس الثمن الاول فهو يبيع كما قاله أبو يوسف رحمه الله الا أن لا
يمكن جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كأي يبيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد ذلك العرض وكذا اذا تقايلا في
المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الاقالة
اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة فاما اذا حصل بلفظ المفاضة أو التنازل أو الرد فانها لا تصح بيعا وان أمكن جعلها
بيعا (قوله فتوفر عليه قضيته) أي يوفر على اللفظ ما اقتضاه موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة هي هنا
الفسخ والرفع فيجعل في محل ولا يفسد رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو أحد البيع فيجعل
بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة أصلا ولو كان لفظ
اقالة محتملا لعني البيع لانه قد لا يحتمل لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا روي عن بعض
المشايخ انه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا الفرق بينهما هو أن قوله اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن
بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها ببيان الاقالة أضيفت الى مال وجود أعني سابقة العقد قبله فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في
ليس كذلك لان الاقالة أضيفت الى ماله وجود أعني سابقة العقد قبله فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في
موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور وعند عدم دالة الدليل على المجاز الى هذا
أشار في العوائد الظهيرية (قوله وهذه أحكام البيع) وهي بطلان الاقالة بهلاك السلعة في يد المشتري
بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بمبادلة على أن الاقالة يبيع فلا استدلال بالاندر على العلة عما يصح اذا
كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كالاستدلال بالاندر على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون

ولا ي

من الاستحاضة ان يغير وثبت في ضمن الاقالة وأما الادلة فنالحق ولا يخبر بها عن حقيقة التي
هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

مجاز شرعي في الفسخ قوله معناه على ذات التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لا نسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد
الذي كنت بعته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن ببيع يدينه في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المحبب وأيضا
المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضي اني سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول
لا يقتضي سابقة العقد قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليس صرفا لموجب البيع عنه

ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليجعل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو المالك لا مقتضى الصيغة ذلا ولا لية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالقالة على الثمن الاول

عدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقة (ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع على ما قلنا الحمد رحمه الله) والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لزوم البيع من الراد بالبيع والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقة اذا لزم قد تكون عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فنكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراعى بطريق الرفع كما على الشرع بذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على ان مسمى لفظ البيع هو انه دلة مطلقا شرعا او بقيد ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي أمر آخر وهو انهم لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اوجب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليجعل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتسليم أو تملج وليس ذلك في لفظه أو يكون لمشاكلة اللفظ وقع في صحته كجزء سيئة وليس هنالك (فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لا مرض وري) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو المالك) تبدل ظهر في حق غيرهما ذلا ولا لية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولذا يغور مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار وأخلطه فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الأصل (فنقول) تفرع عليه (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كان تقايلا على مائة البيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

البيع فصح الاستدلال به بخلاف المالك فانه غير مختص بالبيع (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ) الى أن قال فتعين البطلان فان قيل اعمال الالفاظ بمعنى من المعاني عند دلالة اللفظ عليه أولى من الابطال ثم في لفظ الاقالة لما تعذر اعتبار الحقيقة وجب أن يجعل مجازا عن البيع المستدأ لان اللفظ يحتمله ألا ترى أننا جعلناه بيعا في حق الثالث قلنا أن اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده وأما في حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع في حق ثالث ولا يمكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول المالك للبائع تبدل أظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما للفظ اذا لم يمكن اعتباره بحقيقة فلا يصح مجازا عن البيع لغاي نفسه كذا في الايضاح وذكري في القوائد الظاهرية ولابي حنيفة رحمه الله أن الاقالة رفع وفسخ والعقد ثبات وتحقيق فكاتب بينهما منافاة فلا يمكن أن يستعار أحدهما للآخر والمجاز حيثما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بيانه أن الشجاع يسمى أسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة وأما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدلل به أبو يوسف رحمه الله من أحكام البيع في الاقالة على أن الاقالة بيع بدلالة وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يبدل الأحكام من حكم الى حكم كعدم الاستحاضة أخرجه عن حكم الحدث ولا يغير الحقائق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن تبدل ويثبت ضمنها للاقالة وأما الاقالة فلا يخرجهما عن حقيقة التي هي الفسخ (قوله وكونه بيعا في حق الثالث) جواب سؤال بردي على قول أبي حنيفة رحمه الله

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العدة عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفعه مالم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الر بالان فيه نفع الاحد المتعاقدين وهو مستحق بعهده المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيه تحقق الربا لان في الشرط شبهة الى باوحي معتبر وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بيننا من ان رفعه مالم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعها يكون محالا الآن يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف ونسما ثمة صحت بالاقل ولذا كره الباقي (١١٨) وان تقايلا بالف الامانة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولذا النقص وجب

لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيننا الان يحدث في المبيع عيب فيثبت ان الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد بن جعفر الله جعله بيعا يمكن فاذا زاد كان فاسدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما يبطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع مالم يكن لان رفعه مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك التدرج فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه ان رفعه على مائة ترجع الى المشتري والحال انه لم يكن في الوجود العيب فبما ترفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا الآن أصل العقد له وجود واما عيب الاقالة غير أن ما زاداه فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع) لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بيننا) انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الآن) يكون (حدث) بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعل الخط بازاء ما فات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه

على البائع رد الالف عن المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط وبصير الخطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أو لا وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا فممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصير الى الجواز من الكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في

(قوله بخلاف البيع) يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة أي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهمين فان البيع يفسد بشوب درهم زائد ولا يجعل كانه باع درهمين بدينار ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات مالم يكن ثابتا فيتحقق الربا ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها لا ترفع ما كان ثابتا وارتفاع ما كان محالا وهذا يؤيد قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله انهما فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع (قوله لما بيننا) اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولان نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع مالم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا وارتفاع المعدوم محال فكان في الاقالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة (قوله الان يحدث في المبيع عيب فيثبت ان الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات

فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى واعتراض بأن كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان أبو يوسف انما يجعله فسخا لانه يتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمن فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بيننا أن الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو أقال بعير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظ اما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع ان المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهب فليتامل (قوله معنى بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه من وجه كل (١١٩) واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت

المبيعة ثم تقايل باطلت الاقالة
عنده لان الولد مانع من
الفسخ هذا اذا ولدت بعد
القبض أما اذا ولدت قبله
فالاقالة صحيحة عنده وحاصله
ما ذكره في الذخيرة ان
الجارية اذا ازدادت ثم تقايل
فان كان قبل القبض صح
الاقالة سواء كانت الزيادة
متصلة كالسمن والجمال أو
منفصلة كالولد والارث
والعقر لان الزيادة قبل
القبض لا تمنع الفسخ منفصلة
كانت أو متصلة وان كانت
الزيادة بعد القبض ان
كانت منفصلة فالاقالة باطلة
عند أبي حنيفة لانه
لا يصحها الاخذوا قد عذر
حقا للشرع وان كانت
متصلة فهي صحيحة عنده
لانها لا تمنع الفسخ بزمان
له الحق في الزيادة بطلان
حقه فيها والتقاليل دليل
الرضا فامكن تصحيحها فسخا
والاقالة في المنقول قبل
القبض فسخ بالتفاني
لا تمنع البيع وأما في غيره
كالعقار فانه فسخ عند أبي
حنيفة ومحمد رحمه الله وأما

عند أبي يوسف فيبيع
لجواز البيع في العقار قبل
القبض عنده قال (وهلاك
الثلث لا يمنع صحة الاقالة
الح) هلاك الثلث لا يمنع
صحة الاقالة وهلاك المبيع
يمنع منها لان رفع البيع
يستدعي قيام البيع فان رفع
المعوم محال وقيام البيع
بالمبيع دون الثمن لان

الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العتدوان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكوت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا
أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ
بالثمن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه ولو ولدت المبيعة ولدت ثم تقايل
فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره
فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار
يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثلث لا يمنع صحة الاقالة
وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

(ولو سكوت عن الكل) بان قال أقلتلك (يكون فسخا) عليه فاذا سكوت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد
ولو دخله عيب فهو فسخ بالقل لما بيناه) من جعل الخط بازا مانع من العيب * (فرع) * باع صائونا
وطبا ثم تقايل بعد ما جف نفق وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال غير الثمن
الاول) بان كان دراهم قال على دينار تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل
التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه) أنه عند أبي يوسف يبيع وعند محمد اذا عذر جعله فسخا جعل بيعا
(قوله ولو ولدت المبيعة ولدت) يعني بعد القبض (ثم تقايل فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة
والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل
أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقار اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ
والرفع ان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة
لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهم قالوا تقايل في منقول فقبض أن
يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري نائبا جازا لبيع خلافا لأبي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض
في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز ان تقايل لانه يبيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه
من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد كونهما يبيعان في حق غيرههما في مواضع أيضا منها أن
المبيع لو كان عقارا له شفع في أصل البيع ثم تقايل او عاد الى ملك البائع للشفيع أن يطلب
الشفعة في الاقالة انفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقاض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه
مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من
آخر ثم تقايل او عاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق
البائع كانه ملكه بسبب جديدها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايل فليس للواهب الرجوع على
البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه (قوله وهلاك الثلث لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها)

بالعيب) وبعض مشايخنا قالوا تاويل المسئلة أن يكون حصص العيب بقدر النقصان أو أقل أو أكثر
مقدار ما يتقارب الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة (قوله لما بيناه) اشارة الى قوله
لان الخط يجعل بازا عما فات بالعيب (قوله ولو ولدت المبيعة ولدت) ثم تقايل فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة رحمه
الله هذا اذا ولدت بعد القبض وأما اذا ولدت قبل القبض فالاقالة صحيحة عنده وحاصله أن الجارية اذا ولدت ثم
تقايل فان كان قبل القبض صح الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد
والارث والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد
القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله لانها تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة وأبو
حنيفة لا يجوز الاقالة الا بطل بق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة
عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا من له الحق في الزيادة بطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لتقايل
فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا في الذخيرة (قوله وهلاك الثلث لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها)

الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العتدوان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

(باب المراجعة والتولية)

الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف ان هلاك البـدين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الاقالة بعينه ما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من المبيعات فإنه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وان كان هالكاً فاعلى عليه رده ولو تقايلا به بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقداً على دين معين ورد عليه العقد ولهذا يجوز بيعه مرا بجهة على رأس المال ذكره الاسيحي (فروع) * ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي تنوقف الاقالة على القبول في المجلس ويجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالراجح لا فلا يـوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز في جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة وأطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيّد بما اذا لم يبيع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولي أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضاً عن ادينانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجوع بالدينانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة ولو فسخت ولو عقداً بـدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم اليه كسادة ولو عقداً بشئ من مؤجل ثم جدد بحال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقداً بـدراهم ثم جدد بدينانير أو على القلب أما لو جدد بـدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وفالو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقداً بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذا لحط يلحق باصل العقد الا في الميـن فيجـتـ لو كان حلف لا يشتر به باثنى عشر درهما ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع به لنفسك فان باعه جازوا انفسخ الاول ولو قال بعته الى أولم يرد على قوله بعته أو زاد قوله بمن شئت لا يصح في الوجوه لانه لو كيل ولو باع المبيع من البائع قبض القبض لا ينفسخ البيع ولو وهب قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعطى فاعتق جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى بخود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرغ في فتاوى فاضل خان وغيرهما باع أمه فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان بخود المشتري فسخ في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منها وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشترى بها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لان المشتري لم يرد أخرى فقد رضى بذلك البائع الثانية بالاولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا العار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجي به لثمن فطال مكثه وخاف البائع فساد كانه أن يبيعه من غيره استحسننا والمشتري منه أن يتفقه به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهر ثم ينظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع اعلى المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل قلنا به فالقول للمشتري مع عينه في أنكار الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

(باب المراجعة والتولية)

الماضي اعتباراً بالبيع ولهما أن الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع وأنه أعلم بالصواب *(باب المراجعة والتولية)*

(باب المراجعة والتولية)

لمافرغ مما يتعلق بالاصل

(باب المراجعة والتولية)

وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها مشرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع وعند تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الأول فلا من اشتري دنائير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المخصوص الآتي اذا عايد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصديق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتعل على ايهام يجب عنه من هذا التعريف وذلك لان قوله بالثمن الأول اما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سيبل الى الأول لان عين الثمن الأول صار ملكا للبائع الأول فلا يكون عينه (١٢٢) مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخفى لوما أن يراد المثل من حيث الجنس أو

قال (المراجعة نقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح

(قوله المراجعة نقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أو رد عليه ما لو باع دنائير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأوجب عنه في بعض المواضع بانه يبيع مراجعة وكونه لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المراجعة جائرة بلا استثناء شيء وهذا مما صدقته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل مملوكة مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول فان كون مقابله شئنا مطلقا بعيدا أن مملوكة بالضرورة مبيع مطلقا ثم اتهم تجز المراجعة في ذلك لان بدلي الصرف لا يتعينان فلم يكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعها والذي يلزم وروده على التقدير الذي صحناه الا راد ما اذا اشتراه بثمان نسبية لا يجوز أن يربح عليه مع انه يصدق التسليم بالثمن الأول الا أن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الأول بمقابلة شئين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الأول والحق انه وارد على الطرد وكون المراجعة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الأولى ما اذا بق العبد المخصوص نقض بغيره على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مراجعة على القيمة التي أداها فهذا يبيع مراجعة ولا يصدق عليه نقل مملوكة بالثمن الأول وكذا اذا باعه مراجعة بمقام عليه وكذا لو ملكه بمدة أو وارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقة كذا فأرابطك على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الشوب المشتري مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يربحه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائفا فان عين المشتري فيه فن قبل جهله وأوجب بما حصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب انه يقول فام على بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المراجعة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق لم يكن خائفا والحق انه لا بدفع ماعلى عكس الحد وهو ان المراجعة نقل مملوكة بالثمن الأول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم وبما يرد أيضا ما اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مراجعة على العبد بمن صا إليه العبد بربح معين فانه يجوز مراجعة ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الأول فانه بعينه لا بمثله وبحجاب بان البياعات بحسب الثمن الذي يذ كر بمقابلة السلعة أنواع أو بعنة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها يبيع الوضعية وهو البيع باقل من الثمن الأول ومنها المراجعة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذ كر بمقابلة السلعة يخرج الصرف (قوله المراجعة نقل مملوكة) أي من السلع لانه اذا اشترى بالدرهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مراجعة فالمسئلة في فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله

المقدار والأول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط أنه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم من الدرهم أو من غير الدرهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي أن لا يضم الرأس المال أجرة القضاء والصباغ والطرز وغيرها لانها ليست بثلث في العقد الأول على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلا فانه لو ملك ثوبا بمدة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قبيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقس مملوكة من السلم بما قام عنده

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن القاسد (قوله أما الأول الى قوله فلا ان المخصوص) أقول المسئلة في قاضيخان (قوله

وذلك لان قوله بالثمن الأول الخ) أقول

الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع وبشهادة عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصرف والأولى أن يقول لا سيبل الى الأول اذا لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدرهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدرهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بان يكون رأس المال دنائير ولا يخفى عليك ان ما نقله من ذينك السكاكين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للتولية في الجنس

والتولية

والجواب عن الاول اننا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عند ادعى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالخلاف ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جهة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسألة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في (١٢٣) المباحث فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل

مملكته بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) وبالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان) لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار وليس اساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطبيب نفسه بمثل ما اشتراه ويزيادة ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان معنى المبيعين أي بناؤهما على الأمانة

(قوله والجواب عن الاول) أننا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق به مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعرف ههنا المراجعة الصعبة والمراد بالنقل هو

والتولية نقل مملكته بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) وبالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان) لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار وليس اساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطبيب نفسه بمثل ما اشتراه ويزيادة ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان معنى المبيعين أي بناؤهما على الأمانة

هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب وجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدلل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرجه عبد الرزاق أخيراً ما عمن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخبرنا ابن جريح عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حدثنا مستغاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليه أو يعيله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ باني أنت وأخي إحدى راحتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بشماخائة درهم من نعم بن قشير فأخذها منها وهي القصواء فباروا المصنف يصح بالمعنى وتفصله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحيتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فذلك أبي وأخي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيراً ليس لي قال فلهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعته به قال كذا وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبوا وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضاع ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصدقات دفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا والنس هنا عشر ودرهما فقال انما فعل تكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله ورجية منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علنها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدي وتطبيب نفسه بمثل ما اشتري ويزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقاً

بالعقد الاول) أي بمملكته لان من غصب عبداً أو بق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد للغاصب أن يبيع العبد مباحة على القيمة التي أداها الى مالكه هذه المسئلة أيضاً في فتاوى قاضخان (قوله بالثمن الاول) أي بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول أجرة القصار والصباغ والطراز والغسل جاز ولانه لو ملك أصل الثوب بعير أو هبة أو وصية فقومه بقيمة ثم باعه مباحة على تلك القيمة جازو المسئلة في المبسوط (قوله ولهذا كان مبناهما) ايضاح لقوله يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكي (قوله وعن شبهتهما) النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بان يقال المراد بمملكته هو المملوكة المعهود الذي كان الكلام الوهنا فيه أعني السلع والمراد بالعقد الاول العقد المعهود الذي كنا نكلم فيه وهو يبيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول لا بد للمجاز من قرينته وهي غير ظاهرة هنا

والاحترار عن الخيانة وشبهها أو كد بقوله والاحترار عن الخيانة وأصاب لاقضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المراجعة والتولية فيما إذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزروا الظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كمال تجز المجاز في الاموال الربوية لذلك وكل (١٢٤) ما حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحاط فيه قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون

والسلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض ماله مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجه من ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكمل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح يارده لا يجوز) لانه باعه برأس المال ويبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بماعلم شرط المصحة بل دليل شرعية البيع مع مطلقا بشرطه المعلوم هو دليل جوازهما الا اذا زادة فيه ما لا يفرقها باخبار خاص اذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا خبر أن ذلك الثمن الذي اشترى به أو مع زيادة لأرضي بدونه ما ومن معرفته شرط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحلقة والشعير وما يكال ووزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالطبخ والرومان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا بعد مقايضة مثالا لوراحته أو ولاه اياه كان يباع بقيمة عديمة قيمة كذا أو بقيمة تبدأ وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز أمالو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فراحته عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مراجه على الثوب الذي يبيدك و ربح درهم أو كرشعير أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (ربح يارده) فانه (لا يجوز لانه باعه برأس المال ويبعض قيمته) فان معنى يارده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفته عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظة يارده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة بربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك فعلا للجهالة ولا يثبت حينئذ فالمرامحة على العبد يارده تقتضي انه باعه بالعبد ويبعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر من نفسه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزوم حينئذ ما ذكر وهو ان باعه

حتى اذا اشترى الى أجل ليس له أن يبيعه مراجه الا بالبيان (قوله ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض ماله مثل) أي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فينتد تصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه أيضا فاشتراه مراجه أو تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالحزروا الظن فتبين شبهة الخيانة وأنه مانع من بيع المراجعة والتولية فاما اذا كان مال كالمالك ذلك العوض فاشتراه به أو اشتراه به بربح درهم صغر صورته أن يشترى رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان باع العبد ملك الثوب من آخر فاشترى العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب بربح درهم أو فغير حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب بربح درهم أو فغير حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح يارده وهو مال كالمالك ذلك العوض لانه لا يجوز لانه باعه بربح من قيمته وذلك يستدرك بالحزروا ظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ وهو ربح يارده انما يستعمل فيما اذا قام له الساعة بعشرة يبيعهها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هنا هو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصير حينئذ باع العبد بذلك الثوب بربح من أحد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون باعها بالثوب ويبعض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا لو باع العبد من لا يملك الثوب بربح يارده لا يجوز ومعنى قولنا بربح يارده أي بربح مقدار درهم على

العوض مما له مثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز

عن الخيانة في القيم ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهها لان المشتري لا يشترى المبيع الا بقيمة ما وقع فيه من الثمن اذا لم يكن دفع عنه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذا فرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالآزر والظن فيمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مراجه من ملك ذلك البديل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشترى به مراجه بربح معلوم من دراهم أو شئ من المكمل والوزن الموصوف لاقتصاده على الوفاء بما التزم وأما اذا اشتراه بربح يارده مثلا أي بربح مقداره درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين وهما كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال ويبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع باع المبيع بذلك الثمن

القيمي كالشوب مثلا أو بجزء من أحد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فبالجواز ثمن الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كذا قال بعتك بالعشرة بربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو يارده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

(و يجوز أن يضيف الرأس المال أجرة القصار والطاراز والغزل وأجرة حل الطعام) لأن الغرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والجل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (و يقول قلم على بكذا ولا يقول اشترى بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الجل بخلاف أجرة الراعي وكراهيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التلميم لان ثبوت الزيادة المعنى فيه وهو هذا قوله

باعتدو ببعض قيمته * (ومن فروع ذلك) * اشترى عبدا بعشرة بخلاف نقد البلد و باعه بربح درهم فالعشرة مشمل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لأن الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعثك بربح العشرة أحد عشر أو بربحه يازد فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلغ قلم على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه يازد فالربح ورأس المال على نقد ببلغ الان يصدق المشتري انه نقد نيسابور أو تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد ببلغ ولم يبين رأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى ببلغ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعتبر في المراءى هو ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة قد دفع عهدا يماز أو ثوبا بقيمته عشرة أو قل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بقدر آخره والاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) اسود كان الصبغ أو غيره (والطاراز والغزل وأجرة حل الطعام) برأ أو يحرا (لأن العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي رأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والغزل (يزيد في العين والجل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لان اختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يشي في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قلم على بكذا ولا يقول اشترى بكذا) كذا زاعن الكذب وسوق الغنم (والبقرة) كالحمل (يضمه) بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لانه لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العدد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة المعنى فيه) أي في المتعلم (وهو هذا قوله) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة في المسالبة ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه يساعد القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كذا تمنع نسبته الى الصبغ فانه هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف نفق في التعليم الى أنه ليس في معرف قال

عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهما وان كان الثمن الثاني عشرة كان الربح ثلاثة دراهم فتسمى بربحه يازده تقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز و يزيد ما ذكرنا وضوحا بمنزلة وهي أن من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقبضه ثم باعه بمائة درهم فان المائة الربح تكون من نقد البلد لان جنس الثمن و لو باعه بمائة درهم يازده فان الربح يكون من النخبة لان نقد البلد ثبت أن هذا اللفظ يقتضي أن يكون الربح من جنسه (قوله وسوق الغنم بمنزلة الجل) لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف أجرة الراعي لانه يستحق الاجر باعتدوا الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى أي في المسالبة وبخلاف أجرة

و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطاراز والغزل وأجرة حل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار لان كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخوانه يزيد في العين والجل يزيد في القيمة لانهم يختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قلم على بكذا ولا يقول اشترى بكذا كي لا يكون كاذبا لان القيام عليه صبرة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا أبيعهم صراحة وسوق الغنم بمنزلة الجل بخلاف أجرة الراعي وكراهيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وتختلف أجرة التعليم فاذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المسالبة باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذف والذكاة لا بما أنفق على العلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الاثني والخمسة وان كان

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحيط فيهما وقال محمد بن جرير رحمه الله يخير فيهما) لمحمد بن جرير رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة تزويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة في تخير بفواته ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتلك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول

وكذا في تعليم الغناء والعريسة قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبق لان نادرا فلا يلحق بالسائق لانه لا يعرف في النادر والعجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الشباب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وز يادوه يضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبناها ووصفها وبسببها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجزأ الدابة أو العبد أو الدار فان أخذ أجرة فانه يراعى مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا داجحة أصاب من بيضها يحتسب بماله وبما انفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والسكرم وكسح ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) اما باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن البين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) وان اطلع عليها في التولية يحيط قدرها (وقال أبو يوسف يحيط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد بن جرير فيهما) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى (لمحمد بن جرير رحمه الله ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما به ينعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق الانقضاء به انما هو (تزويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف السكينة والخياطة (فبفواته) يظهر أن الثمن ليس ذلك (يقخير ولا يبي يوسف أن الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتمتع به بالعقد باعتبار

التعليم فانه اذا انفق على عبد في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه بأمر رأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية وأجر تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالخاطئة كان له أن يلحقه لان زيادة المأبأة باعتبار معنى المتعلم وان كان لا بد من التعليم الا أن التعليم آخر الامرين وجودا وأنه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم وأجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة في العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة أكثر المشايخ على أنهم لا تضم ومنهم من قال تضم والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال قال زفر بن جرير رحمه الله ولو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالخاطئة برأس المال يلحق به أيضا وفي المبسوط وفي الحاق شي برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل يسده من قصارة أو خياطة أو ما أشبه ذلك من الاعمال لا يضمه الى رأس المال جل اشترى داجحة وقبضها فباضت عنده ثلاثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم أراد أن يبيع الداجحة مرابحة ان انفق على الداجحة فدر عن البيضات جزا لانه جعل ثمن البيضة عوضا عما نفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل أن يقدروا ما أصاب من الزيادة اذا نفق من ماله لا يلزمه ببيان ذلك في بيع المراجعة كذا في المحيط (قوله فيكون وصفا مرغوبا فيه) لوجود

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) اما بالبينة أو باقرار البائع أو بنكوله عن البين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحيط فيهما) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد بن جرير فيهما) لمحمد بن جرير رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وتزويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته بوجوب التخير (ولا يبي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا للتسمية ولهذا قال وليتلك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية مع العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيخط الخيانة في الفصلين جميعا غير أنه يحيط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والرجح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة

على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الحياينة من الاصل وهو درهمان (١٢٧) ويحط من الربح درهمان فيأخذ الثوب

بأثنى عشر درهما (ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لاتبى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لاتبى تولية لثلاثين غير التصرف فيتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط بربح المراجعة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيختار بذلك لغوات الرضا

فلهذا المبيع قبل أن يردده أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالخط كان له الخط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة) لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والزوية وقد عذر الرد بالهلاك أو غيره ففسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الغائب ففسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازاً عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوباً ببيع ربح) الكلام في وضع هذه المسألة

وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الحياينة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يحنيفة تروجه الله انه لو لم يحط في التولية لاتبى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط بربح المراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتغير فلهذا قبل ان يردده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الزوية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الغائب ففسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه (ومن اشترى ثوباً ببيع ربح ثم اشتراه فان باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مراجعة وهذا عند أبي حنيفة تروجه الله وقال لا يبيعه مراجعة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مراجعة بخمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً وعندهما مراجعة على العشرة في الفصلين له مان العقد الثاني

انه تولية ومراجعة عليه (وذلك بالخط غير انه يحط في التولية مقدار الحياينة من رأس المال وفي المراجعة يحط منه ومن الربح) على تسبته حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثه دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (انه لو لم يحط فيها لاتبى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقدان متعلقان باعتبارهما في تغير التصرف الى بيع آخر ثم آخر ولم يوجد ذلك البيع الاخر (و) أما في المراجعة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مراجعة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما طنه المشتري (فامكن القول) ببقاء العقد ولكن يتغير لئلا ذكر محمد من فوات الوصف المردود فيه (فلهذا) المبيع (قبل أن يردده) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة) لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الزوية والشرط وفيها ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذلك اهانوا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلهذا المبيع أو انتهى ببيع وقوله في الروايات الظاهرة احترازاً عما روي عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعدها ان يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ورد القيمة ويسترد الثمن (قوله) من اشترى ثوباً ببيع ربح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فان باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الربح (استغرق الثمن لم يبيعه مراجعة) الا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مراجعة على الثمن الاخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله (صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه من باعه الخمسة التي ربحها فبيعه مراجعة على خمسة (ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه) ممن باعه منه (بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً) الا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشترى ثوباً بعشرة وأنا أبيع به ربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مراجعة على) الثمن الاخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير يبين (لهما أن العقد الثاني) وان كان ممن

الامن عن الغبن (قوله) منه ومن الربح) بيانه فيمن ابتاع ثوباً بعشرة مثلاً على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الحياينة من الاصل وهو درهمان وما يقابله من الربح وهو درهم فيأخذ ثوباً بأثنى عشر درهما وكذا لو اشترى ثوباً بعشرة وقال اشترى ثوباً بأثنى عشر وباعه ربح درهم فعنده يحط درهمان من رأس المال وسدس درهم من الربح (قوله) يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد رحمه الله وعن محمد رحمه الله أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على

وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها (قالا العقد الثاني)

عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث باثني عشر من مشتري مشتريه
(وقال أبو حنيفة شبهة حصول الرجوع) الحاصل بالعقد الاول ثابتة (بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط) بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه
من المشتري تأكدا كما كان على شرف (١٢٨) السقوط ولأنه كيد في بعض المواضع حكم الايجاب كالمشهد وعلو رجل بالطلاق

عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شبهة
حصول الرجوع بالثاني ثابتة لانه يتأ كدبه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة
الحقيقية في بيع المراجعة احتياطاً واهذا تم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير كأنه اشترى

كان باعه منه فهو (عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني
وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله من المراجعة أو وضعية ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثاً فباعه ثم اشتراه كأنه
أن يبيعه من المراجعة على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله والام تجز المراجعة أصلاً وهذا لان بالشراء الثاني
يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كالتخلف ثالث) بان
اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشر بن (ولا يبي حنيفة أن شبهة حصول الرجوع بالعقد الثاني ثابتة
لانه يتأ كدبه) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الرجوع (بان يظهر) المشتري (على
عيب) فبرده فبازول الرجوع عنه فاذا اشتراه منه تأ كد أي تقر ملكه لذلك الرجوع ولأن كيد في بعض المواضع
حكم الايجاب كفي شهر لطلاق قبل الدخول اذ ارجعهوا يصيرون نصف المهور لتأ كيدهم ما كان على شرف
السقوط بتقيل ابن الزوج أو بارتداد أو على اعتبار التأ كيد يصير البائع في مسئلتنا مشترياً بالعقد الثاني
ثوباً وخسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب
لان الشبهة في المراجعة ملحقة بالحقيقة ولذا تم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة لان الغالب في
الصلح ذلك فيجب أن يبيعه من المراجعة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو
باع بعشر من لانه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة بال
وهو حصول الثوب بلا عوض أوجب بان التأ كيد انما حصل به شبهة الايجاب احترازاً عن الحيانة وذلك
يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المراجعة لمعنى راجع الى العباد لا الى الشرع ولذا اذا رضی
المشتري به وقد علم بجور ولو كان حق الشرع لم يجز بتراضيهما كفي الرجوع بالرضايه وأورد على هذا ما لو
وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه من المراجعة بعشرة وأوجب بانه ممنوع في رواية وبتقدير
التسليم فالبيع الثاني وان كان يتأ كدبه انقطاع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بحال ولا تثبت هذه
الوكالة الا في عقد يجري فيه الرجوع أو أيضاً ليس فيه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال من المراجعة بعد
ما اشتراه بذلك الثمن مؤجل لانه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصف أو دابة أو عرض آخر ثم

البائع بثمن سلمه اليه بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف (قوله منقطع الاحكام عن الاول)
لان الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة في العقد الثاني (قوله كما اذا تخلل ثالث) يعني اذا
باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول ثم اشترى منه البائع الاول (قوله لانه يتأ كدبه بعدما كان على
شرف السقوط) بان يجد المشتري بالثوب عيباً فبرده ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الرجوع وبالشراء
ثانياً وقع الامن على البطلان فالمستغنى بالشراء الثاني الثوب وتاكد الرجوع الاول ولأن كيد شبهة الايجاب حتى
غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق اذ ارجعهوا لان شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان على
شرف السقوط بالردة وتكفي ابن الزوج وبيع المراجعة تتع بالشبهة كما تتع بالحقيقة الا ترى أنه لو كان
على رجل عشر دراهم فصالحه على ثوب لم يبيعه من المراجعة على عشرة لان مبني الصلح على الخط والمساعدة ولو
وجد حقيقة الخط لم يبيعه من المراجعة على عشرة فكذلك اذا وجد شبهة فساد في الفصل الاول كأنه اشترى في العقد

قبل الدخول ثم رجعوا منه و
نصف المهر لتأ كدما كان
على شرف السقوط واذا
كانت شبهة الحصول ثابتة
صار كأنه اشترى بالعقد
الثاني ثوباً وخسة دراهم
بعشرة فالخسة بازاء الخمسة
والثوب بخمسة فيبيعه
من المراجعة على خمسة احترازاً
شبهة الحيانة فانها
كمقابلة احتياطاً في بيع
المراجعة ولهذا لو كان لرجل
على آخر عشرة دراهم
فصالحه منها على ثوب
لا يبيع الثوب من المراجعة على
العشرة لان الصلح مبناه على
التجوز والخطيئة ولو وجد
الخط حقيقة ما جاز البيع
من المراجعة فكذلك اذا تمكنت
الشبهة وعرض بانه لو كان
كذلك ما جاز الشراء بعشرة
فيما اذا باعه بعشر من لانه
يصير في الشراء الثاني كأنه
اشترى ثوباً وعشرة بعشرة
فكان فيه شبهة بالرجوع وهو
حصول الثوب بلا عوض
وأوجب بان التأ كدبه
شبهة الايجاب في حق العباد
احترازاً عن الحيانة على
ما ذكرنا لافي حق الشرع
وشرعيته جواز المراجعة
لمعنى راجع الى العباد فيؤثر
التأ كيد في المراجعة تأماً
جواز البيع وعدمه في شبهة
الرجوع بالحق الشرع فلا يكون لتأ كيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث

خسة

(قوله شبهة حصول الرجوع الحاصل الى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لانه كان على شرف السقوط الخ) أقول
سعيه نظيره في كتاب الاكراه

خمس عشرة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيده حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه يبيعه مباحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشترا فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة لعدم بجواز مع المنافي

اشترى بعشرة فإنه يبيعه مباحة على عشرة لأنه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المباحة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مباحة على حصتها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتخلو عن شبهة الغلط بخلاف الشافعي في ذلك (و بخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيده الرجوع بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستغنى المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيده الرجوع وهذا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه) أي المولى (يبيعه مباحة على عشرة وكذلك إذا كان المولى اشترا بعشرة فباعه من العبد) بخمسة عشرة يجب أن يبيعه العبد مباحة على عشرة (لأن في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحاً لا فائدة له من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً (فله شبهة لعدم) لأن الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقى ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذلك في كسب المكاتب وبصر ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن لفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين

الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالتسعة باء الخمسة تبقى الثوب بخمسة فيبيعه مباحة على خمسة وفي الفصل الثاني كله اشترى بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابله الثوب شيء فلا يبيعه مباحة ولا يقال على هذا ينبغي أن يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كأنه اشترى ثوباً بعشرة فكان فيه شبهة الربا لأننا نقول إن الرجوع الأول لم يصر بمقابله الثمن الثاني حقيقة وإنما ثبت له شبهة المقابلة من حيث إن للتأكيده بالاحتياط والشبهة تكفي لمنع بيع المباحة ولا تكفي لإفساد العقد لأن المنع في بيع المباحة خلق العبد لخلق الشرع حتى يجوز عند البيان وإذا رضى به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما إذا ذهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشترى بعشرة فإنه يبيعه مباحة على عشرة لأنه ممنوع في رايه عن أي حنيقة رجه الله ولو سلم فبقوله بالبيع الثاني وإن كان يتأكد انقطاع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بمالك ولا ثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وأنه أيضاً ليس معنى يزداد الثمن لأجله بخلاف ما إذا اشترى بثمن مؤجل ثم باعه مباحة بثمن حال لأنه معنى يزداد في الثمن لأجله وبخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن الرجوع تأكيده ذلك الثالث لا بشرائه وبخلاف ما إذا اشترى بعشرة ثم باعه بوصف ثم اشترى بعشرة أنه أن يبيعه مباحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الوصف ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المباحة أو لأنه لا يمكن فيه شبهة الربا (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته) وإنما قيد بالدين المحيط برقبته لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاة شيئاً فإنه لا يصح فإن هذا البيع لا يقيد للمولى شيئاً يمكن له قبل البيع لأملاك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا إذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالإجماع لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعاً لأنفسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الأذن ولو كان يحيط بماله دون رقبته فباعه من المولى شيئاً يصح البيع ولكن فيه شبهة لعدم أيضاً فلا يبيعه المولى مباحة بثمن الذي اشترى به من العبد لأنه لم يجر للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع أنه أجني عن كسبه فلا يجوز وعليه دين يحيط بماله دون رقبته أولى فظهر أنه إنما قيد بقوله وعليه دين يحيط برقبته لثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأولى (قوله لجوازه مع المنافي) ذكر الإمام قاضيان وجه الله في تعليل هذه المسئلة لأن بيع المولى من عبده المأذون المدين والمكاتب

لأن التأكيده حصل بغيره ولم يستغنى عن الأول بالشراء الثاني فانتفتت شبهة قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوباً بعشرة) وإحالة أنه مسنون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإن المولى يبيعه مباحة على عشرة وكذا إن كان المولى اشترا وباعه من العبد لأن في هذا العقد أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة لعدم لجوازه مع المنافي وهو يتعلق بحق المولى بمال العبد وقيل بكون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له أن يقضي الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبره بما في حكم المباحة لوجوب الاحتراز فيه المعنى شبهة الخيانة وإذا عديم البيع الثاني لا يبيعه مباحة على الثمن المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يقيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه لا مال له في الوقت (١٣٠) ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذلك في الاسلام والصدور الشهيد وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قده لما ذكرنا قال (وان كان مسع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجواز عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره (فيه شبهة العدم) وجه قول زرارة ان البيع مباداة المال بالمال وهو انما يقع في مال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا وجه الجواز عندنا اشتداه على الفائدة فان فيه استعادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب باقتطاع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالسرا من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود اذا كان مشتملا على الفائدة ينقد لان الانتقاد يتبع الفائدة لا ترى أنه اذا جع

فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول فيصير كل العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكله يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من

(فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول) عقد (الاول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كل العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول) وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) لاجل (المولى في الفصل الثاني) وهو ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة يفيده انما اعتبر عدم ما للمراجعة لانه لو كان له ماله من وجهه وسببه ان المراجعة يبيع امانة تنفي عنه كل جهة وخيانة والمساخنة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فنتهم بانه اشتراه منه بزيادة أو باعته منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هو لأمته لا يبيع واحد منهم مرابحة الاعلى الثمن الذي قام على البائع الا انهما خالفوا في هذا فقلا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتساوي الاملاك والحقوق فكانا كالأخوين وأبو حنيفة يقول لما يحصل لكل من هؤلاء كانه لا آخر من وجهه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم لا آخر وتجري المسألة بينهم فكان الاحتياط فيبذل كرهنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدور الشهيد فقال عبد ماذون عليه دين يحيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرجع الاعلى الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط به ان اجنبي من كسبه فلان لا يرجع الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينقد العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشترى به وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركته ما يرجع على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركته ما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانته في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانته في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشترى بالف من شركته ما فاشترى أحد هما من صاحبه بالف ومائتين فانه يبيعه ما مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول ستمائة فيبيعه على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره الله مع انه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لغيرنا لكوننا أجريناه (لما فيه من) فائدة

ويبيعهما من المولى وان كان جائز له شبهة العدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى أن يمنع كسب العبد لنفسه ويقتضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز و رد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجهه ويبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول (قوله في الفصل الاول) وهو ما اذا باعه العبد من مولاه والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده (قوله خلافا لغيره الله) فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا يبيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال الرجح (قوله لما فيه من استعادة ولاية التصرف) لان بالتسليم الى المضارب انقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف

وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قده لما ذكرنا قال (وان كان مسع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجواز عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره (فيه شبهة العدم) وجه قول زرارة ان البيع مباداة المال بالمال وهو انما يقع في مال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا وجه الجواز عندنا اشتداه على الفائدة فان فيه استعادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب باقتطاع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالسرا من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود اذا كان مشتملا على الفائدة ينقد لان الانتقاد يتبع الفائدة لا ترى أنه اذا جع

(قوله وانما قيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قده لما ذكرنا) أقول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يقيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه لا مال له في الوقت (١٣٠) ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذلك في الاسلام والصدور الشهيد وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قده لما ذكرنا

استعادة

الثلث

الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدور الشهيد بحث وان شئت فقليل بها العناية الى بيان

بين عبده وعبد غيره فاشترىهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما أو دخل عبده في عبده الغائبة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلماذا كسرنا من تعليق زفر وقد استوضحه المصنف بقوله ألا ترى أنه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجهه على هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان فيه شبهة (١٣١) العدم كان البيع الثاني كالعدم

في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيعطى عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة دنانير في نصيب المضارب فيبيع مرا بحة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سبيعة فاعورت عند المشتري) بأقفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطؤها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازله أن يبيع مرا بحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فانت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعوض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدل ان المشتري اذا وطئها وبسبب ما عيالم يتمكن من الرد وان كانت ثيباً وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردّها فاما أن يردّها مع

استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الغائبة فبشبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرا بحة ولا يمين) لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فانت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذ لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله

(استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعدما كانت متفقة لا فاعاد ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الغائبة فبشبهة العدم ألا ترى أنه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرا مثله ماله وذهبه فبشبهة جاز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز زجره برب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز له برب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدم ما في نصف الربح) الذي هو حصته برب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها في بيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصته المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا يمتنع فيه ولو اشترى بالسلعة فاقسمها فافاد وحدهما أن يبيع نصيبه مرا بحة على حصته من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضاً كالكيلى والورنى العددي المتقارب جاز بيعه مرا بحة وان كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرا بحة لا بشئائه على التوقيف وهو ممتنع في المراجعة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بأقفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرا بحة ولا يمين) أنه اشترىها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لان الاوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لانها تابعة مالم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا لو فانت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن) وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا عورت الجارية (انه لا يبيع) مرا بحة (من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله

فيه بالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذ كرا لا يملك الثمن تاشي رحمه الله لو صار مال المضاربة جارية ليس لرب المال أن يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف ألا ترى أن رب المال لا يملك بيعها وأحاله الى الايضاح (قوله والانعقاد يتبع الغائبة) ألا ترى أنه اذا جرح بين عبده وعبد غيره فاشترىهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لغائبة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لغائبة استفادة ولاية التصرف (قوله ففيه شبهة العدم) لما قال زفر رحمه الله أن البيع تملك المال بالمال وأنه معدوم ههنا (قوله ألا ترى أنه وكيل عنه) هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب لما كان وكيلاً عنه وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصار يبيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فلما درهما ونصف حق المضارب في أصل الثمن فلماذا يبيع مرا بحة على اثني عشر ونصف (قوله وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن) فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء اذا قصدا اتلافه كله سقط

العقر أو بدونه لا سبيل الى الاول لان الغرض يرد على ما رد عليه العقد والعقد يرد على الزيادة فالغرض لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجازاً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الاول) أي في صورة الاعور (من غير بيان) كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان الاوصاف حصته من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأقفة سماوية أو بصنع العباد

بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه اشارة الى هذين الدليلين قال) (ومن اشترى غلاما بالف درهم نسبته فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك المشتري (فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لا لاجل شبهه بالمبيع) فانه يزداد في الثمن (١٣٣) لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة

بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مربحة بشئ ما والمربحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة وتوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزداد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فأتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما حرم في مسألة اعرار العين وأجيب بان الزيادة هناك ليست منصوفا عليها انهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلت مدة كذا فتمسكه يكون كذا بزيادة مقدار فثبت زيادة الثمن في الاجل بالشروط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولم يكن الاجل مشروطا بالعقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعته شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا ولا كان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاه ياه) يعني أن التولية كالمربحة فيما اذا علم المشتري انه

من غلة الدار أو الدابة شيئا راجح لا يبين لان الغلة ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المربحة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفه فانه اذا راجح بسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بسكوذ وتقدم أنه اذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمه في غير السرف ولو وابت الجارية والغنم أو أثمر الخيل يبيع الاصل مع الزيادة مربحة لانه لم يمس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الاصل مربحة حتى يبين ما أصاب منها لاهتمام تولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الابن والسمن فانه لا يربح الابن وفي المتوسط اشترى نصف عبد بما اشترى آخر نصفه بما تثنى ثم باعه مربحة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما أنثانا ولو باعه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهم في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مربحة فانه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله ان الحط يلحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد قد بقي فثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف موطأ الكل في المربحة وتولية فانه ان راجح على كل الثمن ويوليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بالف نسبته فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسبته بالالف (فعلم المشتري) بذلك (فله الخيار) ان شاء رده وان شاء قبل بالالف والمائة صالحة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شبهه بالمبيع) أن لا يرى أنه يزداد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة وكان كاله اشترى شيئين بالالف (وباع أحدهما) راجح على وجه المربحة وهذا خيانة فيها اذا كانا مبيعين حقيقة فاذا كان أحدهما شيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المربحة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزداد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بالف ومائة) حاله لان الاجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه ياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشتري قبيل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف حاله ولو

الاسلام أو اليسر رحمانه (قوله والمعنى ما بينا) أما في فرض فارلاد كرفي الاعور ارأنا الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن وأما في حق تكسر الثوب بنشره فلما ذكر في فقه العين أنه صار مقصودا بالاتلاف (قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن) أي حقيقة اما شبهة المقابلة فثبتة ولهذا يزداد في الثمن لاجل الاجل فاعتبر الاجل ملافا للمربحة حتى اشتراط بيان الاجل احتراز عن شبهة الخيانة ولم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المتوسط فان لم يصبه عيب لكنه أصاب من غلة الدار أو الدابة أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشتري مربحة على ثمنه لان الغلة ليست بمنزلة من العين فلا يكون حاسبا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة

كان اشتراه باجل وباعه ياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمربحة تكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان
(قوله وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولم يكن الاجل الح) أقول في الاشارة خفاء

(ولن) كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (١٣٤) (لزمه بالفحالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن أبي يوسف

على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالفحالة) لما ذكرنا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ورد القيمة يسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزوف مكان الجيد او علم بعد الاتفاق وسيأتى من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجهم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبائع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء بركة اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيختير في خيار الرؤية

فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالفحالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهالك (رد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فيه (ما إذا استوفى) صاحب الدين من دائته (مكان) الدين (الجيد زوفا) وهو لا يعلم بزيافته حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزوف ويسترد الجيد (وسيأتى) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهنداوي (ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد لتخيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أم لو فرضنا أنه باع به بلا شرط أجل فلم ينقده الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه مرا بحة بالالف (قوله ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبائع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد ولكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بمعنى المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقة قبل معرفة الرقيم ينقذ فاسد له عرضة الصحة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضة الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تاخير البيان أي بيان قدر الثمن (تأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا ليكون سكونه عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا على آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا وانما يتخير (بهذا العلم في المجلس) لان الرضا لم يتم قبله (فلا يتم البيع) كافي خيار الرؤية لم يتم الرضا قبل الرؤية

بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا عنه من بيعهما ربحا كذا بدلها وهذا لا ينفع عليها بازاء ما نال من المنفعة واذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر الخيل فلا باس ببيع الاصل مع الزيادة مرا بحة لانه لم يحبس شيئا من الموقوف عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغيره هل أحد بازائه ما يحبره وهو الولد ففي ممل هذا النقصان له أن يبيعه مرا بحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يحبره فاذا كان أولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الاصل مرا بحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبيعها مرا بحة من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك ألبان الغنم وأصوافها وسمنها اذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرا بحة حتى يبين ما أصاب ههنا لان ما أصاب حكم جزء من عينها وعند الشافعي رحمه الله أن يبيعها مرا بحة بناء على مذهبه أن الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يجمع رد الاصل بالعيب وان كان أنفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يعلفها فلا باس بان يبيعها مرا بحة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (قوله فلا يقبل الاصلاح) لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا أنه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصارت التأخير الى آخر المجلس غفورا

أنه رد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزوف مكان الجيد او علم بعد الاتفاق وسيأتى من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث يروى عن محمد أنه قال للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في الخالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البجلي (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد كعادة بعض البلاديشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما بجهة أو متخما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه الخ) اذا قال زلتك هذا بما قام على يديه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والقنل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه (فالبائع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع في المجلس) صح البيع ويختير المشتري (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصحة فلا تفسد الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل (فصل)

***(فصل ومن اشترى شيئا من قبله يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض)** ويحول لم يجز له يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

فعد وجودها بخير ***(فروغ)*** اشترى ثوبا ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعة ولو راج على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاه مرا بحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرا بحة على ثلثائه ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يراج الا على ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به وهنفا فله أن يراج على الثمن لانه صار قابضاه بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياذ ونقد زبوا ففجوز بها البائع فله أن يراج على عشرة جياذ ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم جاع فيه له أن يبيعه مرا بحة على العشرة وكذلك باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد يبيع أو يخار أو قاله أن يراج على الثمن الذى كان اشترى به ولو اشترى ثوبا ببيعة ثم جاع اليه بغيره أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرا بحة لانه ما عاد الى الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرا بحة على الثمن الذى اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرا بحة كلكو كان فيه خيار شرط أو روى بكونه اشترى مرا بحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرا بحة على ما أخذه به لانه ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغير فاحش أو بدى له على انسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرا بحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يراج عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ البيع في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصل والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجعة ما كان الاتهمة الخطيئة فاذا تبين انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى يارضة ثيابا فاقسمها ليس لاحدهما أن يبيع ما يخصه مرا بحة بخلاف ما لو اشترى بكمبلا جنسا واحدا فاقسمها حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحدة فنقومها ثوبا باليس له أن يبيع ثوبا منها مرا بحة على ما قوم الا ما قدمنا من أنه يقول فبمئة هذا ألف أو قزم هذا بكذا أو أنا ببعك مرا بحة على هذه القيمة كما مر في الرقم باز يمن ثمنه أموال أسلم في ثوبين ووصفها بمصقة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرا بحة على نصف رأس مال السلم عند أى خنيعة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرا بحة على نصف ثمنه كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كقطع أم كل نصفه كان له ذلك لان انقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعنى المذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يراج في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصفتها واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرا بحة عند أى خنيعة أو أي يوسف وقال محمد لا يراج حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضعية تدبازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزا فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

(فصل) قوله ومن اشترى شيئا من قبله يبيعه حتى يقبضه انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمد بن حبيب المبتدأ والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز بيع

كناخبة القبول فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالاجاب وان تخلت بينهما ساعات وكذا العلم بالحاصل في آخر المجلس كالعلم بالحاصل في أوله فصح على تقدير الابتداء فالما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا اذا لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد أو سقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر أولانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد

(فصل) قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو أن النبي عليه السلام قال لعناب بن

الاصلاح وتظهره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساد به بعده فيه أو ما خيار المشتري فله الغل في الرضالانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفت فكان في معنى خيار الرؤية فألحق به ***(فصل)*** وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيدها بتقدير ائذ على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسبا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسر به بذلك لتلايتهم انه احتراز عن المذبح (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض وهو باطلا فحة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تغسله بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه ***(فصل ومن اشترى مما ينقل)*** (قوله احتراز عن المذبح) أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا

زيتاني السوق فلما استوفيت
 لقيني رجل فاعطانيه ربحا
 حسنا فاردت ان اضرب
 على يده فاخذ رجلا من
 مداني بذراعي فالتفت فاذا
 زيد بن ثابت فقال لا تبعه
 حيث ابنته حتى تحوزوا الى
 وذاك فان رسول الله صلى
 الله عليه وسلم نهى عن
 ابتياع السلع حيث تبتاع
 حتى تحوزها التجار الى
 واهاموا وانما قيد بالبيع ولم
 يقل لم يحوزها التصرف ليقع
 على الاتفاق فان الهبة
 والصدقة جائزة عند محمد وان
 كان قبل القبض قال كل
 تصرف لا يتم الا بالقبض فانه
 جائز في المبيع قبل القبض
 اذا سلمه على قبضه فقبضه
 لان تمام هذا العقد لا يكون
 الا بالقبض والمانع زائل
 عند ذلك بخلاف البيع
 والاجارة فانه يلزم نفسه
 والجواب ان البيع اسرع
 فهاذا من الهبة بدليل ان
 الشئوع فيما يحتمل القسمة
 يمنع تمام الهبة دون البيع
 ثم البيع في المبيع قبل
 القبض لا يجوز لانه تخليك
 العين ماملكتك في حال قيام
 الغرر في ملكه فالهبة أولى
 (قوله ولان فيه غرر انفساخ
 العقد) استدلال بالمعقول
 وتقريره في البيع قبل
 القبض غرر انفساخ العقد

عنك غلظه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق أصلا لان عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بان عدم جواز قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق فيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة (١٣٧) وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا

الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالأجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتباههما على ربح مالم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عنه شرعا والله يفتي بالفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الأجارة (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بائنا مافلا غير محجور عليه (في محله) لانه محصل المولك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصع العقول وجو المقضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد وجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عاد

(ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالأجارة ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولان بشرط فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينسخ به لملك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالأجارة اذا كان عينا وبذل الخلع والعق على مال وبذل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا لا يجوز بيعه وهبته وأجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صححت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولومات قبل القبض ورث عنه فكذلك اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والغرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والأجارة فانه يلزم بنفسه وقائه بهما فدين غير من عليه الدين فانه لا يجوز اذا سلطه على قبضه اذا لمانع فانه يكون نايبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتى جاز ويكون الغدير نايبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبي يوسف يقول البيع أسرع نقذا من الهبة بدليل ان الشروع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضا هذه التصرفات تنبئ على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصر في حق اطلاق التمسك وأما اعتق عن كفارتى فانه طلب التمسك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله وبز يد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ولان اعتبارا بعده بسبب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الأجارة فان قيل هذا النهى باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت الداء أجيب بان الغرر في المبيع لا يحجور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأخير ان بعد تسليم أن البيع يفسخ بملك المبيع قبل القبض أى امتناع فيه فليكن كذلك وغاية لامرانه ظهور ان البيع الثاني لم يصح فيترادان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عموم وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعنى قوله نهى عن بيع السلع حتى يجوزها المتعار الى رحالهم ولا نهى عن ربح مالم يضمن ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يضمن وصار بيع العقار كالأجارة وأجارته قبل قبضه لا تجوز فكذلكه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما ينشأ كدبتا كد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أى لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به مانحن فيه

(١٨ - فتح القدير والكفاية) - سادس (له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الانفساخ واذا كان

(قوله وأجيب بان عدم جواز الخ) أقول الاعتراض كان متوجها على الدليل المنقول لعل الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب (قوله فلم يلحق به) أقول أى بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أى عموم ما لم يخصص (ولهما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدل بمحله اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يضمن وهو منهى فاجوابه ما عناه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بانه) أقول المجيب هو الايمان بضمير فانه راجع الى المانع وضمير بانه في قوله وأجيب بانه راجع الى الرد

الهلال في العقار نادرا كان غررا نفساخ العقد المنهى عنه متغيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض لا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عادم بحاله الخصوص لاجتماعه على جواز التصرف في الثمن والصدائق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لأن المراد بالحديث المنهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام إذا ابتعت شيئا (١٣٨) فلا تبعه حتى تقبض سلمنا أنه نهى عن بيع مالم يقبض من ماله الذي ثبت

لان الهلاك في العقار نادرا بخلاف المنقول والغرو المنهى عنه غررا نفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز

ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لأنه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدله به (معلول به) أي بغير الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرو نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه به ظهر فساد قولهم ان ما كذا المالك بناء كذا السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يعامل بالغرو لانه لو هلك المهر المعلن لم يزوج قيمته ولم يفسخ النكاح وأورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص هو موهوم فؤدى الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا ربا الدين في الدين اذا ملكه غيره وسأطه على قبضه جاز وكذا أخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك أن ملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يجتمل التملك بيد من يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الإلحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز، بخلاف الآن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب أن التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تميمه بأن يذكر هنا مبيع المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدرهم والدنانير اثمان أبدا وذوات القسم مبيعة أبدا والمثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة أبدا والاعيان وهي معينة تن أو غير معينة مبيعة كمن قال اشترت كرا من الحنطة ثم ذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مع المفاوضة دخل عليها الباء اذا عرف هذا فلا ثمن يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلاف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الإلحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل أن البيع مع

(قوله والحديث معلول به) قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض وأنه عام قلنا الحديث دخله خصوص فبيع المهر وبدل الخلع والصالح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما أنه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا

بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا سلمنا من الاجتهاد لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغير الانفساخ لا يجتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يجتمل تناول ما ينافيه تناول فردا واعلم اني اذكر لك ما نسخ لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجهه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائز العموم قوله تعالى وأحل الله البيع لكنه خص منه ما لا بدليل مستعمل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يجزأ ما أن يكون معلولا بغير الانفساخ ولا خلاف كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينهما ما روي في السنن مسندا الى

الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الاجارة الترتل وجعله معلولا بذلك اعسال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لانه وكالم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بقدر ينفع به ذلك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

(قوله لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تامل اذ لا يظهر التعارض بينهما وبين ما روي مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والجاراة) جواب عن قياس محذور التزاع على الجارة وتقريرة انها تصلح مقياسا عليها لانها اعلى الاختلاف قال في الايضاح مالا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الجارة بمالك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بل خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والجاراة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكيلة أموز وناموزة الخ) اذا اشترى المكيل والموزون كالخنطة والشعير والسمين والحديد وأراد التصرف (١٣٩) فذلك على أربعة أقسام اشترى مكيلة و باع مكيلة أو اشترى

والجاراة قبل على هذا الخلاف ولو سلم قلنا قد عده في الجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلة أموز وناموزة الخ) كاله أو ائزته ثم باعه مكيلة أو موزة لم يجز له شترى منه أن يبيعه ولأن ياكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب

انفسخ بسبب هو دفع من كل وجه في حق كافة الناس فيبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو دفع في حق العاقد من بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي (قوله ومن اشترى مكيلة أموز وناموزة) أي اشترى على كذا كيل أو رطلا (فأكاله أو ائزته) لنفسه (ثم باعه مكيلة أو موزة) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري (روى من حديث جابر هكذا سكن بالفظ الصاعان معر فأسنده عنه ابن ماجه وصح في ابن أبي شيبة وأعل به محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغه من حديث أبي هريرة وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البراء بن محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجري حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لا نعلم روى عن أبي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أن أحمرنا عمر عن يحيى بن أبي كثير أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يتباعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعهانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يكيلان ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة كثيرة تعدد طرقه وقبول الأئمة اياه فانه قد قال بقوله هذا مالك والشافعي وأحمد ورضي الله عنهم وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتم نزحه عن حق البائع اذعنى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبيعه على الملك كالهبة والوصية وما

فخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على أنه يتناول المنازع القبض ذل ينافي فيه الحقيقي لانه يكون بالنقل فتكون المسئلة مبينة على الاختلاف في غصب العقار (قوله والجاراة قبل على هذا الاختلاف) أي لا يجوز وللمشتري أن يواجز الدار المشتراة قبل القبض عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز والاصح أن الجارة لاتصح اتفاقا وعليه الفتوى لان الجارة تمليك المنافع والمنافع كالمنقول في احتمال الهلاك (قوله ومن اشترى مكيلة أموزة) قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلة أموزة وناجبة أو وصية جلولة

التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذ كرفي الايضاح اذا قبض الكرو هو من ثم باعه قبل الكيل جلوز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكيلة أموزة لانه اذا باع المكيل أو الموزون بجلوزة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع أو بالا كل وغيرهما (قوله لم يجز للمشتري منه) أي للمشتري الثاني من المشتري الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الاول وانما وضع المسئلة فيها اذا باعه المشتري الذي كتاله لشريه الى أن تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كبل مرة قبل شرائه أو بعد شرائه بغيبته (قوله حتى يعيد الكيل) أي بعد شرائه ولا يكتفي بكبل باعه حيث اشترى باعه ولا

فاذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع ومالا فلا في الغواثا الظاهر يثوق قبل الجارة لا يجوز بل خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والجاراة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أو رد عليه اشكال انه اذا جاز المستأجر قبل القبض يجوز ولو صاع ما قال لا يجوز وأنه في قال ابن البرزقي وأنت شخير بان العين قائم مقام المنفعة حتى اقربا بالآتين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وماذا كره تأييد للاشكال لا جواب عنه كما هوهم ظاهر عبارته

و باع مكيلة أو اشترى
بجازة و باع كذلك أو اشترى
مكيلة و باع بجازة أو بالعكس
من ذلك ففي الاول لم يجز
للمشتري من المشتري الاول
أن يبيعه حتى يعيد الكيل
لنفسه كما كان الحكم في
حق المشتري الاول كذلك
لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع
البائع وصاع المشتري ولانه
يحتمل أن يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في
مال الغير حرام فيجب التعرز
عنه وهو ترك التصرف
وهذه العلة موجودة في
الموزون فكان مثله وفي
الثاني لا يحتاج الى كيل
لعدم الافتقار اليقين المقادير
وفي الثالث لا يحتاج المشتري
الثاني الى كيل لانه لما
اشترى بجازة فملك جميع
ما كان مشار اليه فكان
متصرفا في ملك نفسه
قال المصنف والجاراة قبل
على هذا الاختلاف) أقول
قال العلامة الكاظمي
الايضاح مالا يجوز بيعه
قبل القبض لا يجوز اجارته
لان صحة الجارة بمالك الرقبة

قال المصنف (لان الزيادة له) واعترض بان الزيادة لا تنصرف في المجازفة وأجيب بان من الجائز ان يشتري مكيلة مكيلة فأكمله على انه عشرة أفغرة مثلاً ثم باعه بمجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التعمل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع بمجازفة وفي ذهنه انه مائة فقير فاذا هو زائد على ما طنه فالزائد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب العرض ومعنا ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكيلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعلى ان تدعوهم لا يسمعوادعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى (١٤٠) كيل واحد اما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرة لان الكيل شرط لجواز التصرف

التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه بمجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مسدوعة لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا يعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان

أشبهه ما واختره بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معاددة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبيل العدائيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المسالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنه من جواز البيع الثاني قبل العدول ما كان في المذروعات الزيادة عند الحنيفة للمشتري لم يلقوها ولو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان الهسي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعاً ولو كان غنما بان اشترى بهذا البر على انه كرفق بضع جارتصر فيه قبيل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فالولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان طاهر النص منع بيع الطعام المكيلة فيقتضى منع بيعه بمجازفة ولا تعلم خلافا في أن طاهر متر ولو كان محمول على ما ذاق وقع البيع مكيلة أما اذا اشتراه بمجازفة ببيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه فلا يتصور اختلاط المسكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة له) قبيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بان اجماع صبرة على ظن أنها عشرة فقط ظهرت خمسة عشر وتكاف غير وكذا ما يفيد طاهره من التزام حريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكيلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه بمجازفة فاجب احتياجه اذا باعه مكيلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوى حتى يجري في صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكيلة أما لو كان ملكه بالارث أو الزرعة أو اشتري بمجازفة أو استقرض حنطة على انها كرم ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقرض تملكه بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية بحكم لان ما مرده عين المقبوض حكمه وله الم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تملكه بلا عوض حكماً ولو اشترى مكيلة ثم باعه بمجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعية يجوز اذا عرف أن سبب الهسي أمر يرجع الى المبيع كان المبيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلاكيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه آثم اتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات يباع فاسدا اذا قبضها فلكها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا بين ان ليس كل ما يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه أكل حراما (قوله ولا يعتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري

فيما يبيع مكيلة ما كان الحاجة الى تعيين المقدار الواسع مبيعا أو ما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان يسأل الهسي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجبه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكيلة فلم يتناول ما عساه ورد به دعوى مجردة وأجيب بان التقضي من هذه ذلك بان يقال قوله تعلى وأحل الله البيع يقتضى جوازه مطلقا وهو مخصوص بأية الرابا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر حريان الصاعين وليس ذلك الاتعين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا ولا كسلى ثم في قوله اشترى مكيلة إشارة الى أنه لو ملكه بمهنة أو ارث أو وصية

جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذلك وقع ثمننا كما سألني وحكم ببيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان بحضرة الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا يعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بخسبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذا المبيع بصبره معلوما ولا تسليم الاجمعة بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به اظهر الحديث فانه اعترى بصاعين والصحيح أنه لا يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم واتق

احتمال الزيادة ومحمل الحدوث اجتماع الصفتين على ما سأل في باب السلم أن من أسلم في كره فلهما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب المال بقبضه لم يكن قبضاً وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفتان بشرط التكيل فلا بد من التكيل مرتين وأعلم أن في كلام المصنف رحمه الله إجماع التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولاً فيما إذا كان العقدان بشرط التكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفى بالتكيل الواحد وهو يقتضي أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقداً واحداً بشرط التكيل لما أن الاكتفاء بالتكيل الواحد في الصحيح من (١٤١) الرواية أغماها وفي العقد الواحد بشرط

التكيل وأما إذا وجد العقد بشرط التكيل فلا اكتفاء بالتكيل الواحد فهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب التكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالباع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول والمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه أن المشتري إذا باع مكايلاً وكاله بمحضرة مشتريه يكتفى بذلك ما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين فإنه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منطوق به فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما إذا اجتمعت الصفتان كما في أول المسئلة وما سأل في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا وإذا نظرنا إلى التعليق وهو قوله ولأنه يحتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع يقتضي أن يكتفى بالتكيل الواحد في أول

بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان التكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوماً ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قبل لا يكتفى به فظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوماً بكيل واحد ونحوه معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعداد عداً فهو كالنذر ع فيما يروى عنه لانه ليس بمال الربا كالوزن فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والصرف في الثمن قبل القبض جائز)

(بحضرة المشتري) من شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وبغية وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا التكيل المأمور به بتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاؤه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كبله ووزنه إذا قبضه وعند البعض لا بد من التكيل أو الوزن مرتين احتجاجاً بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من التكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك التكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط التكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا الاجل رب السلم وأمر رب السلم بقبضه قضاء عن سلمه فان في ذلك بشرط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغية لا نقضاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفسه في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كاله البائع قفيزاً منها بغية بحضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز سابق ولا يقع به الاقرار ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلاً قبل أن يكاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء أكاله للمشتري منه أولاً لانه لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فيه بيع مالم يقبض فلا يجوز (قوله) والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة الوصية سواء كان مائة عين أو لا يتعين

مرة يكتفى به (قوله وهو الشرط) أي الشرط كسيل البائع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان البيع يتناول ما يحويه التكيل أو الوزن وهو مجعول فربما يزاد وينقص فكل بكل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره فكان المبيع مجعولاً فيفسد البيع ولان أصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطاً أيضاً والتكيل والوزن فيما يبيع كلاً أو وزناً تمام القبض لان القدر معقود عليه فيسما يبيع كلاً أو وزناً حتى يلزم رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن حصة ما نقص والقبض غير معقود لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما إذا باع مجازفة إذا البيع وقع على المشاويح لا على مقدار بعينه وتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام فأكاله ثم باعه مجازفة فأكاله المشتري فزاد على التكيل الاول فالزيادة للمشتري (قوله) ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين في باب السلم) وهو ما إذا اشترى المسلم اليه من رجل كرا

المسئلة أيضاً كما ذكرنا ولو ثبت أن وجوب التكيلين عزيمتوا لاكتفاء بالتكيل الواحد وخصه أو قياساً أو تخففاً لكان ذلك مدفعاً جازياً على القوانين لكن لم يظهر بذلك ولو اشترى المعداد عداً فهو كالنذر ع فيما يروى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولا يجوز بيع واحد بالآخرين فكان كالنذر ع وحكمه قدر أنه لا يحتاج إلى إعادة النذر ع إذا باع مذارعة و كالوزن فيما يروى عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة الا ترى أن من اشترى حوزاً على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة نقصان كالوزن فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن في الموزون قال (والصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين كالسكك والموزون حتى لو باع ابلاً بدينار أو بكر من الخنثى جازاً ياخذ بيله

شبا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كئنا نبيع الابل في البقيع فنادم مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو المالك فأنم والمائع وهو غير الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين أى في العقود بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد (١٤٣) البائع في الثمن) اذا اشترى عيناً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عيناً بمائة ثم زاد

على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك في ملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك بمعنى الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بها واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الصلة أى الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى غنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصاروا مبتدأ قوله لعدم تعيينها بالتعيين (أى في العقود) أقول فيكون الدليل أنخص من المدعى

قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصاروا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أى لا يلحق باصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه) أى اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

أقسام المطلق وهو المالك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه عوض ملكه عوض ملكه عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان المالك مطلق وكان القياس ذلك أيضاً في المبيع الا أنه منع بالنص اعرار الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ المبيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاحرة وضمان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذلك في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سمك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأنيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخول حجرته فأخذت بشو به فسألت فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخرة فلا يفارقك وبطل وبني ببيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعاً الا من حديث سمك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحديثي داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحديثي فلان أراه أبو ب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفع سمك وأنا أها به لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وخدة اتباعه لانه لم يكن يقتضى أحد النقد من الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف ذبغ النسبته فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف الموروث في المالك وكان لا يمت ذلك التصرف فكذا المورث وكذا الموصى له لان الوصية أخذت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من الميزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الزيادة اذا كان الثمن حالاً وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائه ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع به مع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي وجهما الله لا يصحان) أى الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) باصل العقد (بل) الزيادة بمرتبداً من البائع والمشتري والحط ابراً من بعض الثمن متى رده برئ وجهه قولها أن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدرة الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلاً عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان الميزيد عوضاً عن ملكه أى الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكننا قلنا انهما وأمر برب السلم بقبضه فانه لا يصلح الا بصاعين لاجتماع الصفتين بشرط الكيل أحدهما شراء المسلم اليه وتأنهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالمبيع الجديد فيجتمع صفتان (قوله ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) يعنى استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الاصل والزيادة واذا أوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع أن يمنع من

على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك في ملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك بمعنى الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بها واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الصلة أى الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى غنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصاروا مبتدأ قوله لعدم تعيينها بالتعيين (أى في العقود) أقول فيكون الدليل أنخص من المدعى

فلا

قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابل بكل المبيع

فلا يمكن اخراجه فصاروا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أى لا يلحق باصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه) أى اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولنا ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد ستراضيهما من وصف مشر وع الى وصف مشر وع لان البيع المشر وع خاسر ورابع وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابعا والخط يجعل الزايح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في البيع ولهما ولاية التصرف ورفع أصل العقد بالافالة فاولى أن يكون لهما ولاية التغير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقلين أو لهما خيار الشرط فاسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان خط البعض صحيحا لكان خط الكل كذلك اعتبارا بالكل بالبعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف خط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بصفة لانه عمل الخط في اخراج القدر المخطوط من أن يكون ثمنها الشرط فيه قيام الثمن وذلك في خط البعض لوجود ما يصلح ثمنا وما حاط الجميع فتبديل للعقد لانه اما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت ان حاله بقصد اذالك أو بصيرته وقد كان قصدهما القارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق المانع عدمه لمانع فيلتحق خط البعض بأصل العقد (١٤٣) وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة

عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الخط فان البائع اذا خط

بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا تخوليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الخط فكان الخط بعد العقد ملحقا بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه أيضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الخط

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من

فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الخط لان كل الثمن صار مقابلا لكل المبيع فلا يمكن اخلاله فصار ما ابتدأ ولنا انهما بالخط والزيادة غيران العقد من وصف مشر وع الى وصف مشر وع وهو كونه رابعا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الزيادة فاولى أن يكون لهما ولاية التغير وصار كما اذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف خط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير بالزيادة والخط غير العقد من وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع أنبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فخص به من عدم الزم الى اللزوم وبأسقاط الخيار وتكسبه بالحاق الخيار وكذلك كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالافالة وهي تعيده الى قديم الملك فاولى أن يثبت لهما تغيير من وصف كونه رابعا الى خاسرا أو خاسرا الى رابع والى كونه عدلا وثبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الغرضة فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدرا المهر على خط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه مقدرا بهذا المقدار فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لوحظ الكل لانه تبديل لأصله اذ يصير البديل الآخر هبة فيخرج عن كونه عدمه معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا

تسليم الزيادة (قوله فلا يمكن اخلاله) يعني لما قبل كل الثمن به هذا المجموع فلو أخرج بقى بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن أن يجعل الباقي في مقابلة الكل لا تنقضاء العقد الجديد (قوله أو شرطاه بعد العقد) بان عقدا عقدا ثم شرط الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم الى غيره فان قبل الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شأنه يثبت ثم يستند وقد تعدر ههنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه قلنا ينسخ العقد في حق تصحيح الزيادة (قوله بخلاف خط الكل) لانه تبديل لأصله أي لأصل العقد لانه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد لانه يبيع بالثمن فكان تغييرا للعقد من وصف

تجلب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأ من بعض الثمن قبل القبض فهو خط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم خط البعض أو وهب البعض بان قال وهبت منك بعض الثمن أو قال خططت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الابراء انتهى ووجه الفرق مذكور في السكاكين المذكورين فراجعهما فانه مهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكيالات والموزان والمعدونات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فیهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا أو رابعا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقى التحاق الخط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان خط البعض صحيحا لكان خط الكل كذلك الخ) أقول يعنى بطريق الالتحاق والخط الكل صحيح بطريق البرا والصله بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والالام يكن بيعا (قوله لانه اما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في احكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق خط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من مقتضى أيضا ولم يبين فلا يسهل التفرع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال (١٤٤) مقدار تقدير لو كانت الزيادة ملحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كلكل كانت

لوصفه فلا يلحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الخط وانما كان للشفيع ان ياخذ بذون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يلزم كماله ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الخط

ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) المرابحة (على السك) من الاصل والزائد ويجب ان يرجع على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى ياخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو التحق الزم ان ياخذها الشفيع في صورة الزيادة بالجموع من الاصل والزائد وهو متغيب لا ياخذ الا بذون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الخط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع ان ياخذها) في صورة الزيادة (بذون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان مجرد العقد الاول يتعلق حقه باخذها بما وقع عليه السراخي الاول وعقده والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه فلا ينفذ تصرفه ما ذك ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والخط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فسلو هالك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكا بان أعنته أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجز أو رهن ثم باعه من المشتري أو المهر من أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصور أو أسلم مشري الخردميا لا تصح الزيادة لغوات محل العقد اذا العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصبر الغاصب أحق بها اذا فعل في المنصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجة فلوراد بعد من والاصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث ثبتت الزيادة وكذا اذا أجز أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فآخذ المشتري ارش حيث ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا بد ان يثبت أو لاني الحال ثم يستند ونموته متعذرا لانغفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالمبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالك وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روي الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الخط بعد هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كلكل خالف امراته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صحيح وان لم يملك الاجنبي شيئا بمقابلته وهذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جميع التغيرات يجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا كمر في المنتقى وتسكون لها حصه من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الخط)

مشرع الى وصف غير مشرع (قوله وعلى اعتبار الالتحاق) جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله (قوله ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع) يعني الزيادة في الثمن وفي الباقي وأما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم وفي الايضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البائع لامشترى جارية أخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري للمبايع لم يجز لان الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع هالك ومن أصل محمد رحمه الله أن هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن ولو أعنى أو كاتب أو دبر أو استولد أو مات أو قتل أو وهب أو باع أو طحن أو نسج أو تخمر أو أسلم مشري الخرد لا

في ابتداء العقد وتقرر جواب انما كان للشفيع ان ياخذ بذون الزيادة لان حقه يتعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كماله اذا كان المبيع قائما أو ما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا ولا سقطا لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل العقود عليه قائما تقديره وتجعل الزيادة تغييرا كجعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بمقتضى العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشترط المحل لاثبات الملك أو ابقائه بطريق العقد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فاما فيسما ورا ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصه من الثمن حتى لو هلك

لانه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

قبل القبض سقط بمحضه ناسي من الثمن قال (ومن باع بشمن حال ثم أجله باجل معلوم) اذا باع (١٤٥) شيئا بشمن حال ثم أجله لا يحل من ثمنه
 يكون الاجل معنويا وشبهه لا فان كان الاول صرح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي
 لانه دين فلا يتاجل به كالقرض وانما الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل اثبات براءة مؤقتة الى حلول الاجل وهو ملك البراءة المطابقة بالبراءة عن الثمن فلان ملك البراءة المؤقتة أولى وان كان الثاني فلا يحل اتماما تكون الجهة فاحشة أو بسيرة فان كان الاول كما اذا أجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالخصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهة اليسيرة بخلاف البيع (وقد ذكرنا من قبل) يعني في أوخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة فصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصى ومعارضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كافي الاعارة فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البذل) أى الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج البذل المحطوط عن أن يكون ثمنًا فاما بشرط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوي ما يرجع به فاقط عوض المعلوم يصح والاعتراض عنه لا يصح (قوله ومن باع بشمن حال ثم أجله) أحل له لو صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتأجيل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالًا ليس الا وعدا بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يزخره بغير اعلاني من عليه) وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لاشك ان له ان يزخره الكلام في أنه يلزم التأخير شرعا اذا أخر وقوله (الا ترى) الى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند سقوطه السقوط والتأجيل الترام الاسقاط الى وقت معين فثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا بسقاطه مطلقا ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهة متعاضدة كهبوب الريح ونجى المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) يسيرة (كالخصاد والدياس يجوز) ولا يلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرنا من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليعسد به بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فاجل ورثته صرح فاضح ان لانه لا يصح كولو أجل القرض وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يقيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدارهم والدنانير المستهلكة اذا استهلكها كلها لانصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر دينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صفة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعتك) هذه الالف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يملك من ذلك الصلات والنبرعات كالوصى والصى) والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لانه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم ومثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو أعاره المتاع الى شهر كان يصح الزيادة لغوات محل العقد فالتقدم رد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بهما (قوله) لانه بحال يمكن اخراج البذل عما يقابله (فان الهالك لا قيمة له فخرج البذل عما يقابله ملائمه ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع) (قوله وقد ذكرناه) أى وقد ذكرنا أن الجهة اليسيرة متحملة في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الخصاد والدياس بخلاف الجهة في البيع الى أجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهة يسيرة (قوله من قبل) أى في آخر باب البيع الفاسد (قوله صار مؤجلا) لما ذكرنا وهو قوله لان الثمن حقه (قوله الا القرض فان تأجيله لا يصح) أى لا يلزم أى لمن أجل ابطاله كافي العوارى واعلم أن القرض مال يقطع من أمواله فيعطيه ومائت عليه دين فليس بقرض والدين يشتمل ما وجب في ذمته دينًا بقدر أو استهلاكه وما صار دينًا في ذمته باستقرضه فهو أعم من القرض وقال مالك رحمه (فحق القدر والكفالة) - سادس (١٤٦) (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أى لا يلزم التأجيل فيه كافي الاعارة

اذلجبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع المراهم بالدرهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضي فساد العرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامّة على جواز فاعده على الابتداه وقتنا بجوازها ولا يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يطالبوه (الى سنة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها ألا ترى انه لو أوصى بشجرة بسنة لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله أعلم) * (باب الربا) *
لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وانتم امن فضحل الله شرع في بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة فان النهى يعقب الامر وهذا لان المقصود من كتاب

البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا ولهذا الما قبل لحمد ألا تنصف شيئاً في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده ينفذ به ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المدلى أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا) يحرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا وهو حرمه الفضل والنسيئة جازي في كل ما يكيل أو يوزن اذ بيع بمكيل أو موزون من جنسه

اذلجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدرهم بالدرهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى ان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الو رثة من ثلثه ان يقرضه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصى والله تعالى أعلم * (باب الربا) *
قال (الربا يحرم في مكيل أو موزون اذ يبيع بنفسه من فضله)

انه يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح (أيضاً لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع درهم بثلاث نسيئة وهو ربا) ولانه يلزم ان التبرع كان ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو يناق موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستفراق فلولزم تحقيق سبيل عليه ثم للعلل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تحليل دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فليزم اعتبارها شرعاً كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعاره عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لان باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى انه لو أوصى بشجرة بسنة جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظره فضلا من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لانها تحليل مضاف الى حاله والمالكية والله تعالى أعلم

* (باب الربا) *
هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمراجعة في كل منهما زيادة لأن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بنفسه) وفي عدة من النسخ بالبحر في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر

الله التأجيل في القرض لازم لانه صار ديناً في فمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون * (باب الربا) *

الربا يحرم في كل مكيل أي حكم الربا وهو الحرمة والربا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا ربا على هذا أي بفضل قال الله تعالى وما آتيتهم من ربا يربو في أموال الناس فلا يربو عند الله وسعى المكان المرتفع وروية

ما في الكتاب يجعل المذكور تفسيراً للمعقول قبل أن والله أعلم * (باب الربا) * (قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيوع الفاسد من جهة تلك الابواب وليس ما أمر الشارع بمباشرته لان كون أكثر الابواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السفن في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق للاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا يحرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بنفسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثباتاً أو داخل أو جاراً ومستقر في كل مكيل

(فالعلة) أي لو جوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (و يقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما باقراده يتناول الآخر (والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يدايدو الفضل و بأعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عشرين الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضى الله عنهم وروى (١٤٧) بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب

مثلاً بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذفت المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني يهو التمر مثلاً بمثل والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روى كذا بكيل وكذلك في الموزون وزناً بموزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقويم مع صدق الاسم عليه يخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جدها ورديتها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضاً فان قيل تقدري بيعوا بوجب البيع وهو مباح أوجب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهادة اذا مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدايد) المراد به عندنا

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضى الله عنه و يقال القدر مع الجنس وهو أشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يدايدو الفضل و بأعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال و يروى بروايتين بالرفع مثل قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسها وسند كرتغصيلها و يقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدرى ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لانه حينئذ فعل والجنس يتعلق به ولا شئ ان في قوله الربا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يراد كل منها لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلاً ولا فائدة فيه بتقدير ان ثباته في مكان المراد حكم الربا وهو الحرمة ما على استعمال الربا في حرمته فيكون انما هو بالاجاز أو على حذفه واداته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتباً بالغاملس اعرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس نفى عن العلة الكيل مع الجنس (و) (قد) (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصريح اذ يشمل العدو والزرع وليس امن أموال الربا أي علة تحريم الزيادة كونه مكيلاً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور (أخرج الستة الا بخارى عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً بمثل سواء بسواء يدايدو فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدايدو وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء زاد بعد قوله يدايدو فن زاد واسترادفة قد أرى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله زاد بعد قوله فقد أرى الا ما اختلفت ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدايدو والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدايدو والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدايدو هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد المخ آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدايدو لفضلته على سائر الاماكن وفي الشريعة عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال وهو محرم في كل مكيل أو موزون ببيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربا وقد ذكر الله تعالى لا كل الربا بخمس من العقوبات احداها الخبط والثاني الحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية تنهاية حرمته لا يقومون الا كما يقوم الذي يخبطه الشيطان عصى الله الربا فاذا نجا بحرب من الله ورسوله وذو ربا بقي من الربا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فاولئك أصحاب النار هم فيها خالدون (قوله وهو أشمل) أي القدر

عين بعين وعند الشاذي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعند فضله ذات أحدهما على الآخر حرام قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المدفوع واعدوايس من أموال الربا انتهى ويمكن ان يقال الالف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن (قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الحنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزناً بموزن حذف قوله بدليل دلالة سياق الكلام على تقديره

وبالنسبة مثلا ومعنى الاول بيع الترومعى الثانى بيعو التروم والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا لما ذكرناه وعند الشافعى رحمه الله الطعم في المطاعم والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مختص والاصل هو الحرمة عندنا لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة

وأمنسبة فلا ولا باس بيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدايد وأما منسبة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الغنة والشعير غير لو كان الزائد الذهب والبر جاز واسكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تغضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) بعنى حرمة الرأى وجوب التسوية (معلول باجماع القائسين) أى القائلين بوجوب القياس عند شرط بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البنى فان عندهم حكم الرأى بما تقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا تهم ينفعون القياس وأما عثمان البنى فلا يشترط في القياس أن يكون دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا يعلل العدد ولا يجوز كفى قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشق كالطعام في قوله لا تتبعوا الصاع بالصاعين كياساتى عند الشافعى دليل وسنقيم عليه الدليل وأما بطلان العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم الخافضة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدر عليه باتفاق القائلين به والابطال بالمنوع هو الابطال بالنقص أما بالنزاد بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات السكاكينة يومئذ بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الرأى على الستة ابن عقيل من الحنبلة وهو أيضا مأثور عن قتادة وطاوس قيل فلتخرم قوله باجماع القائسين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعنى القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء واحد هما مقرر دا يحرم النساء ويحل التفاضل كياساتى (وعند الشافعى الطعم في المطاعم والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مختص) من الحرمة (وهى) أعنى الحرمة (الاصل) وعندنا لك العلة الاقليات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا ولا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البرودا كرمه ليفيد بكل معنى ظاهر افيه فنبه بالبر على مقتات نعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوت لبعض الناس عند الاضطرار فخلق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاله وتخرجها كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيخلق الايازى بروما في معناها والذهب والفضة معلان بعله قاصرة عندهم وهى كونها ماقم الاشياء وأصول الاثمان وقال الشافعى في القديم العلة الطعم مع الكيل أو الوزن وفى الجديد هى الطعم فقط فى الاربعه والتمنية فى القديم ومنهم من يجعلها عينهما والتعدى الى الفلوس والرجح وجهه والصحيح أنه لا راد فيه الانتقام للتمنية الغالبة وهو قول أحمد فى رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا

لانه يتناول الكيل والوزن والاصل فيه أى فى كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الخنطة بالخنطة مثل يديد والغضلر بأعداد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تواترته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على أربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد بن الصامت وأبي سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألقاطهم وأنه معلول باجماع القائسين خلافا لأصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة فحصر وأحكم الرأى على الاشياء الستة (قوله والجنسية شرط) أى شرط لتعمل العلة عملها حتى لا تعمل علة وهى الطعم فى المطاعم والتمنية فى الاثمان عنده الا عند جود الجنسية ولا أثر للجنسية بانقرادهما عنده حتى لو أسلم فبأهرو يأتى ثوب هروى جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند جود شرطها الآن الشرط يعمل شيئا من العمل عند عدم العلة (قوله لانه نص على الشرطين) أى الشارع نص على الشرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدايد مثلا بمثل أى قابضا يدايد ومماثل بمماثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو بيعوا ورواية الرفع فى هذا معنى أيضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شرط كفى قوله ان دخلت الدار راسية فانت طالق

(والحكم معلول باجماع القائسين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البنى من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنصر غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس (وعند الشافعى الطعم في المطاعم والتمنية في الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عندنا عند وجود الجنسية وجبت لا يكون لها أثر فى تحريم النساء فلو أسلم هروى يأتى هروى جاز عنده وعندنا لم يجز لو جود أحد وصفي العلة وسيأتى (والمساواة مختص) (قوله وجبت لا يكون لها أثر فى تحريم النساء) أقول ضمير لها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

يقتلص بها عن الحرمة لانه
أى الشارع نص على
شرطين التقابض والمماثلة
لانه قال بدأيسد مثلاً
منصوبان على الحال
والاحوال شرط هذا في
رواية النصب وفي رواية
الرفع يقال معناه على
النصب الا انه عدل الى
الرفع للدلالة على الثبوت
(وكل ذلك) أى كل من
الشرطين (يشعر بالعزة
والخطر كالشهادة في
النكاح) فاذا كان عزاً
خطيراً (يعمل بعلة تناسب
أظهار الخطر والعزة وهو
الطعم) في المطعومات لبقاء
الانسان به والتمنية في
الائمان لبقاء الاموال التي
هي مناط المصالح بها ولا أثر
للجنسية في ذلك) أى في
أظهار الخطر والعزة
(بجعلناه شرطاً) والحاصل
ان العلة انما تعرف بالتأثير
والطعم والتمنية أثرهما
ذكرناه وليس للجنسية أثر
لكن العلة لا تكمل الا
عند وجود الجنس فكان
شرطاً لان الحكم يدور مع
الشرط وجوداً عنده لا
وجوباً به (ولنا ان الحديث
أوجب المماثلة شرطاً في
البيع) بقوله مثلاً
لما مرناه حال بمعنى مماثلاً
والاحوال شروط (و)
وجوب المماثلة (هو
المقصود بسوق الحديث)
لاحكام معان ثلاثة

دكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب أظهار الخطر والعزة وهو
الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً
والحكم قديور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه

لم يجعل الجنس بانفراد يحرم نساءه وعلى الجديد يحرم الربا في الما وجه قوله صلى الله عليه وسلم اطعام بالطعام
مثلاً مثل ر واء مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا يتبعوا الطعام الى آخره فاذا
أن الحرمة أصل والمساواة تخلص منها الذلواقتصر على قوله لا يتبعوا الم يجوز بيع أحد ههما بالآخر مطلقاً
لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
والنمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص
اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يقيد ثم اعلمه منصوصة ولو أخذنا في استنباط علة اذنا الى هذه
العلة أيضاً وجهه أنه نص على شرطى التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط
الشهادة في النكاح) فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتهل بقاء النفوس به
والتمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من
حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (في ذلك) أى في أظهار العزة والخطر (بجعلناه شرطاً والحكم
قديور مع الشرط) كالجم مع الاحصان (ولنا أنه) أى النص المشهور (أو جسا التماثل شرطاً للبيع)
وايجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلاً أى بيعوا
هذه الاشياء مثلاً بمثل وهذا تبين أن الاباحة في بيع ادموال الربو به بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا

(قوله وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر) أى جواز بيع هذه الاموال بشرطى التقابض والتماثل يشعر
بان موجبهما وصف في المحل ينفي عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجلها زيادة الشرط لانه متى يقيد
طريق اصابته بشرط زائد يعظم خطره في عين المملكين كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشهود وروى
دون سائر المعاملات دل على أن المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعمل بعلة تناسب أظهار العزة والخطر وهو
الطعم والتمنية (قوله والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح) اذ الاموال انما تبقى أموالا دامت
لها ائمان لان ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كفف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء النفس
بوصف أنما كولة أو وسيلة اليه (قوله ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر) لثبوتها في خطير
ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطاً لالعلة (قوله والحكم قديور مع الشرط) جواب
شبهة ترد على قول الشافعي رحمه الله وهي أن حكم الربا كيدور مع الطعم والتمنية على أصلك فكذلك يدور
مع الجنسية فلم جعلت الطعم والتمنية علة دون الجنسية فاجاب بأنه لا أثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قد
يدور مع الشرط كيدور مع العلة كالجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتأثير وعدمه ألا ترى أنه عليه
الصلاة والسلام عند بيان حكم الربا ذكر الأئمان وأنفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبرأفضل
طعام بنى آدم والشعر أنفس علف الغوالب والتمر أنفس الفواكه والمخ أنفس التوابل يشعر بان العلة
هي الطعم ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكراراً محضاً اذ صفة القدر لا يختلف في هذه الاربعة
ولهذا قال مالك رحمه الله ان العلة الاقنات والادخال لانه خص بالذ كركل مقتات ومدخر (قوله ولنا أنه
أوجب المماثلة) أى الشارع أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوق الحديث لان معناه بيعوا
هذه الاشياء مثلاً بمثل والباء لا لاصاق فدل على اضمار فعل وذا بيعوا القولة عليه الصلاة والسلام بعسده فاذا
ختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم فذكره عند الاختلاف دليل على أنه المضمهر عند الاتفاق وقوله
عليه السلام لا يتبعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواء اذ النهي عن الشيء أمر بصده وقوله مثلاً بمثل حال لما سبق
والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر لا لايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال التي هي

(لتعقيق معنى البيع فانه ينشئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتمائل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أوصافه لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضى الفضل مافيه الفضل (أو تميم الفائدة باتصال التسليم به) أى بالتمائل يعنى ان فى التقديس لكونه سمالا يتعينان بالتعيين شرطت المائلة قبضا بعد مائلة كل منهما لا تحل تميم فائدة العقد وهو (١٥٠) ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود والمقصود بيان وجوب المائلة بين العوضين

تحقق المعنى البيع اذ هو ينشئ عن التقابل وذلك بالتمائل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تميم الفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

تبيعوا الطعام الحديث انما يصرف النهى الى ما بعد الان نحو ما جاء في يد الاراكيب وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان فى ايجاب المائلة تحقق المعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المائلة تستدعى شيئين وكذا تحقق معناه بالتمائل فان كلامهما ساولا تحرف كونه مستدعى العقد فسوى بينهما فى المائلة عند اتحاد الجنس فى القدر ليمعنى البيع (أو) أوجب المائلة (صيانة لاموال الناس عن التوى) فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فاذا كان فضل فى أحدهما صار ذلك الفضل نوبا على مالكه فاقصده صيانة لاموال الناس عن التوى أوجب المائلة بخلاف ما اذا قوبل بالمال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل فى احدى الجهتين ثم من تميم التماثل المساواة فى التقابض فان للحال مزية على المؤخر فاجاب التقابض

شرط أى بيعه ووصف المائلة وقد يتعلق بالمباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد فى الشكاح (قوله تحقيق المعنى البيع اذ هو ينشئ عن التقابل) لان البيع مبادلة المال بالمال وذا بالتمائل فى عقد الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوض مماثلة اذ لو فضل أحد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تحقق المعاوضة بل يكون استحقا فالذلك القدر بلا عوض وقضية المعاوضة بخلافه (قوله أو صيانة لاموال الناس عن التوى) اذ شرط الفضل متول للمال لانه يستحقه بلامنة وعوض والبيع شرع لتفصيله لالا تواتره فيكون شرطا غير لازم للبيع فيعمل (قوله أو تميم الفائدة) أى لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فان فائدة البيع حصول المالك فى المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتماثل ملك التصرف وذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك فى وجوب المائلة لان وجوب المائلة يقتضى كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض تتم الفائدة فقلنا وجوب المائلة تميم الفائدة وفى الكافي للعلامة النسفي وتتميم الفائدة التبايع بوجود التقابض اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف اذ المشرط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والآخر يتمتع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان فى التنازع وهو فساد وما يفضى الى الفساد فهو فساد نعم قدرضى به لكن ربما يندم لان طبعه لا ينقاد ظاهر الكونه محبولا على حب المال والمحبون غير ماجور ومجودون بما يتنازعان عند التسليم والتسليم وفى النهاية للعلامة السعنا فى رحمه الله أو تميم الفائدة باتصال التسليم بالتمائل يعنى فى الذهب والفضة اذ شرط التماثل بالقبض فان مالا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المائلة فكان تميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتمائل أى بعد كون كل واحد منهما مائلا لا تحرف يجب أن ينصل التسليم بالتمائل حتى تتم فائدة العقد ويحتمل أن يكون معناه عاما فى الاموال كلها أى لو لم يكن كل واحد منهما مائلا لا تحرف تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعانى حق أحد المتعاقدين ضررانى حق الآخر واذا كان مثالا لا تحرف يكون نفعانى حقهما فكون الفائدة وهى ثبوت الملك أتم بعد القبض لانه يكون نفعانى فى حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان أحدهما أنقص من الآخر (قوله ثم يلزم عند فوته) أى فوات الشرط

قدرا الا بيان المائلة من حيث القبض والاولى أن ية الولى لم يكن أحد العوضين مماثلا لا تحرف تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعانى فى حق أحد المتعاقدين وضراوانى حق الآخر واذا كان مثالا لا تحرف يكون نفعانى فى حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعانى فى حقهما جميعا ولما قلنا أن يقول هذه الوجة الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل ما يجب تحقيقه فى سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل فى الجميع لئلا تختلف العلة عن المعلول وال جوابان موجبان الربا هو النص والوجه المذكورة حكمته لا علمه ليتصور الخلف واذا ثبت اشتراط المائلة لم عند فوته حرمة الربا لان المشرط ينتفى عند انتفاء شرطه ولما قلنا أن يقول انما يلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحبل ان لم توجد الواسطة بين

والمائلة

الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بان المراد

(قوله ولما قلنا أن يقول الى قوله لانها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تميم الفائدة (قوله ولما قلنا أن يقول انما يلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول اذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكرهه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لنفسه وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فان

بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو معنى الكراهة فعند انتفاء الحل ثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التفرع على وجهه ثم فليطلب عند قوله والمماثلة بين الشيشين بيان عليّة القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيشين وذلك لثلاث المماثلة بين الشيشين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فان كلاً من بريساوي كلاً من دومان حيث القدر والصورة لأن حيث المعنى وكذلك فقبح حنطة بقبح شعير يتساوىان بصورة لا معنى ولقائل أن يقول قد تبين أن المماثلة (١٥١) شرط لجواز البيع في الرويات وعلاقتها بها بالقدر والجنس فكان ذلك

والمماثلة بين الشيشين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الرابحان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوياً عارفاً ولأن في اعتباره سد باب البياعات وألقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بالبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضيق فيه فلا يعتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكمل أو الموزون

أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيشين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الرابحان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعلت أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فسلم ما نلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما لأنه لا يعد تفاوياً عارفاً) وفيه نظر (ولأن في اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لأنه فلما يتخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فم لم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء ان صح بعده والا فهو مقادير حديث يبيع النمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهدار ما ذكرنا وعندنا مصل هذا الكلام بتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لا عينوا العلة بمعنى المعرف للعم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتعد المحل وذلك يجعلها الطعم والاقنيات الى آخر ما ذكره واعندهم وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضل عن فقهه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تستد الحاجة اليه اشتدادا تاما (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بالبلغ الوجوه دون التضيق) فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان

وهي المماثلة التي هي شرط الجواز حرة الر بالقوله عليه السلام والفضل ربا والفضل اسم لكل زيادة والربا اسم لزيادة هي حرام واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فعلة توتر في الإيجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والتمنية لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها (قوله والمماثلة بين الشيشين باعتبار الصورة والمعنى) لان كل محدث موجود بصورته ومعناه قائم بقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة بصورة والجنس عبارة عن التشا كل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى ولا عبرة لا وصف لقوله عليه السلام جيدها ورديتها سواء ولا جماع فان يبيع فقبح جيد بقبح زديء وفسل لا يجوز ولأن ما لا ينفع به الإجملا كما فنفعه في ذاته فيهدر الوصف اذا المقصود هي المنفعة وهي في الذات بخلاف ما ينتفع به غيرها لا كما لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولأن الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبراً اقلته ولأن اعتبار سد باب البيع وهو مفتوح فيما زدي الى انسداد فهو مردود (قوله والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع) والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة بالبلغ الوجوه لشدة الحاجة

الامن باب السير وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تناقضت في القيمة في العرف (ولأن في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلاً للمحطة من كل وجه والمراد البياعات في الرويات لا مطلق البياعات لان اعتبار الجودة في الرويات ليس سد باب مطلق البياعات (ألقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء) قال (والطعم والتمنية) جواب عن جعله الطعم والتمنية علة للحرمة وتقرر به ان ذلك

الحرام مائت بدليل قطعي والمكر وهو الثابت بظني كالفرض والواجب ألا يرى الى مقابلة البيع المكر وه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل ان يقول قد تبين أن المماثلة الى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فان المطلق هو وجوب المماثلة لانفسها

بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في الميعار ألا ترى إلى ما يرى من مكان قوله مثلاً بمثل كذا بكذا وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تغاضل لم يجز) لتحقيق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالردى بمساويه الربا بالامثلة بمثل) لاهدوا التفاوت في الوصف

أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلام للدواب فان قال دل ان ترتب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحاً مناسبا للحكم على أن يمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لهم لا يسمونه طعاماً ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن ما لكافة بما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكور ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقول والماء والطين الارمنى وهو صحيح لولا دلائل آخره والخافه بالبيع فيه نخل لان البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتذال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة و يوجد كثير منها مما حاقى الذهب والفضة وانما لم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعاً لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعاً للعوائج الاصلية فالخافه بغير صحيح الا أنهم لما حصر والمعرف في الكيل والوزن أجاز وبيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازة فجاز وبيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعروف للمساواة فلم يحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند التلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددى المتقارب أمافيه فكلام نعر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا الثمرة بالثمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الان الناس أهدر والتفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا من فروغ ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الآن يأخذ عنهما أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت العلم حرم الحفنة والتفاحه بثنتين وقول ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بمادونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بم وهذا اذا لم يبلغ أحد البدين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جميع التفاريق قبل لار وايقى الحفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أماناً كانت مكاييل أصغر منها كفي ديناراً من وضع ربع القدر وغنى القدر المصرى فلا شك

المهادون التضييق كالهواء والماء والنار اذا الحاجة توفرت في الاباحة كالمية تحمل عند الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بحاله أثر في الاطلاق لا في الحرمة فاسد لا فضائه الى فساد الوضع وسباق النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر لكل حكم واحد فلا بد أن تكون علة الحكم متحدة اذا الحكم المشترك لا بد له من علة مشتركة وهذا فيما ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعنى بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيته به أنه علة الربا فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل والموزون بجنسه ممتثل لا يصح مع وجود العلة وان عنيته به أنه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه قلنا هما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد أشرت الى ذلك لاني بينت أن الحديث أو جب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل يقبلها وإذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلاً للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لغوات حكم الامر وما يوجب أحد الضدين يقتضى نفي الضد الآخر اذا كان مفوتاه كالامر بالمساواة في رمضان يقتضى حرمة الاكل والشرب والواقع ان الضد مفوت للمأمور به فثبت أن القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى

فاسد لان حايقة تضيق اختلاف ما أضيف اليهما لانهم لما كانوا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق ألا ترى ان الحاجة اذا اشتدت آثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله عز وجل في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصاً عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل أى كذا بكذا أو وزنا بوزن جاز البيع لوجود مقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مسع وجود شرطه وهو المماثلة في الميعار كما ورد في المروى وان تغاضل لم يجز لتحقيق الربا بانتفاء الشرط والجوزة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى الا مثلاً

قال (و يجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أي ومسايرت تب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المائلة فينتفي بتحقيق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار (١٥٢) الشرعي ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لوقوع

مكيلة أو موز ونقول يجب مثلها فان المكيسلات والموز ونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدن والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز وعنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساوي ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلا باع خمس حفنات من الحفنة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدر في الشرع بمادونه وأما اذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغ فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تباعا مكبلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متغاضلا كالخص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية قال (فاذا عدم الوصفان) اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما أن يوجد أو يعدم أو يوجد

أو يجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين (لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رضى الله عنه العلة هي الطعم ولا يخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بمادونه ولو تباعا مكبلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متغاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية قال (واذا عدم الوصفان) الجنس والمعنى المضموم اليه محل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الاباحة واذا وجد احرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هر وبافي هروى

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المسالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمر تين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تباعا مكبلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متغاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه بالصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بعيرين وجواز بيعه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصور المال ظاهر منضبط فان المائلة وعندهما محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تغاير ما عن نفسه بالعبد بعبدين ونوب هروى بهروى بين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروى بين إلى أجل والجوز بالبض إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا تحدثت العلة لزم من عدمها لعدم لا بمعنى أنها تؤثر لعدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيها نحن فيه على عدمه الأصلي واذا عدم سبب الحرمة (والأصل في البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل (واذا وجد) أي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعر بالشعر لا يجوز الامع التساوي والتفاضل (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر) حرم التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم (هر وبافي نوب هروى) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد إلى أجل لوجود الجنسية

قولنا علة الر بالقدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فواتها الر بأو علة كون المال ربوا أو علة حرمة الفضل واذا ثبت أن علة القدر والجنس تعدى إلى سائر المقدرات سواء كان مطعوماً ولا (قوله) ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة) هذا اذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع وأما اذا كان أحد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر يبلغ حد نصف الصاع أو أكثر فبيع أحدهما بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لو باع حفنة بغير لا يجوز (قوله والمعنى المضموم اليه) أي الكيل أو الوزن (قوله لعدم العلة) أي حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وعدم

(٢٠) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) أحدهما دون الآخر فلا ولما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والأصل فيه الاباحة) يعني اذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمها لأن العلة ثبتت شيئا فذا وجد أحدهما وعدم الآخر حرم التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هر وبافي هروى

منه ما كمال استدلال بعض الشارحين بمسار. بنى عن عبد الله بن عمر و بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بغيري
ببيع من إلى أجل للشافعي رحمه الله و بمسار وى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب
أن جهالة التار يخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاً من ذلك فإن قيل إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور
في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الإجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء (١٥٥) في كمال العلة لا في شبهتها وقوله (الأنه

إذا سلم) استثناء من قوله
فاذا وجد أحدهما وعدم
الآخر حل التفاضل وحرمة
النساء فان ذلك يقتضى عدم
اسلام النقود في الزعفران
لوجود الوزن كاسلام
الحديد في الصفر فاستثنى
الزعفران ونحوه كالقطن
والجسد لانه وان جمعهما
الوزن لكنهما يختلفان في
صفة الوزن ومعناه وحكمه
أما الاول فلان الزعفران
يوزن بالأمناة والنقود
بالصنجات وهي معربة ٣
سننك ترزون ونقل عن
الغراء أن السنين لا يصح
ونقل عن ابن السكيت
الصنجات ولا يقال بالسين
وأما الثاني فلان الزعفران
مشمع يتعين بالتعيين
والنقود لا يتعين بالتعيين
وأما الثالث فلانه لو باع
بالنقود موازنة بان يقول
اشتريت هذا الزعفران
بهذا النقد المشار اليه على
أنه عشرة دنانير مثلاً فقبضه
البائع مع المتصرف فيه
قبل الوزن ولو باع الزعفران
بشرط أنه منون مثلاً وقبله
المشتري أبس له أن يتصرف

الأنه إذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما لوزن لا لثمنه لا يتفقان في صفة الوزن فان
الزعفران يوزن بالأمناة وهو مشمع يتعين بالتعيين والنقود توزن بالصنجات وهو مشمع لا يتعين بالتعيين
ولو باع بالنقود موازنة فقبضه صاحب التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز
بالإجماع على منع بيع الاموال الربوية بجهة مجازة فان طن النساء وتماثلت الصنجات في الرقبة وليس
فيه الاشبهة بثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازة فثم كبل بعد ذلك فلهذا وامتساو بين لم يجز عندنا أيضاً خلافاً لغير
لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على أنه
لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بئريد ما ذكرنا والتحقق أن المعول عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة
ابن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا
كيف شئتم بعد أن يكون يدابيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية
أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدابيد وأما النسبة فلا وأخرج
أبو داود أيضاً قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليل على أن وجود أحد جزأى علة الرابطة للتحريم
النساء ثم عللنا بان فيه شبهة الربا أعنى الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من أن الاشبهة حكم الحقيقة
أن يحرم باحد الوصفين التفاضل أيضاً لان شبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة
التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببيع من لانه يحرم وذلك صحيح أو
يجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم
والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع أجاب بالغرف بان
الوزن في النقود وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالتفاضل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالأمناة
والقطن وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين
والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو أنه لو باع بالنقود موازنة فقبضها كان له أن يبيعها قبيل الوزن
وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها بالبائع بغية المشتري وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها
بالقدر أو معنى الجنس النقدية من النسبة فيحقق شبهة الربا وهي الحقيقة حتى فسد البيع بمجازة
لاحتمال الربا وهذا لان كل حكم يتعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فكل واحد منهما شبهة
لعلة فيثبت بشبهة العلة شبهة الفضل كما ثبت بحقيقتها حقيقة الأخرى أنه لو سلم فغير ربي فغير شعير لا
يصح إجماعاً ولا يقال انه بعض العلة و بعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض
العلة لحرمة ربا الفضل وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص
وما أشبه ذلك يجوز عنده وعندنا والشافعي رحمه الله يكره حرمة النساء فانه يقول التقابض في بيع
المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد فيعدم الجواز لانعدام التقابض لاسكونه نساء وهذا خرق لإجماع
الصحابة رضي الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح (قوله الا أنه إذا سلم النقود في
الزعفران) استثناء من قوله وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء (قوله ونحوه)

فيه حتى بعيد لوزن
(قوله) فالجواب أن جهالة التار يخ وتطرق احتمالات التأويل منعاً من ذلك) أقول إذا تعارض المحرم والمبيح فالمرجع للمحرم احتياطاً
على ما فصل في كتب الأصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما يروى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظروا في كتبهم (قوله فان
قبل إجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله إجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء منتهى

(واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى (١٥٦) وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) فان الموزونين

فاذا اختلفا في صورة ومعنى وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قبل وزنها ثانيا في الزعفران ونحوه بشرط اعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقود والزعفران ونحوه (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد ووزن بالنعجات أيضا وكذا الأخير بل لا فرق بين النقود وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز أن أراد أنه بعدما تزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعده هذا البيع أن تزنه الآخر ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم يقال إذا باع بالدرهم حتى كانت ثمنًا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لأنه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير شارك له في أصل الوزن وإذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كذا كرناو يلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كذا لا ينسأ كثر أبواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقود لا يجوز أن تسلم في الموزونات وانما وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا في باوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنه في الحديد لا اتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يد ايد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه بالفضل بل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوب عليها فيقال يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بان امتناعه لا ممتنع كون النقود سلمية لان المسلم فيه مبيع وهما متعینان للثمنية وهل يجوز بيعا قبل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمان مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قبل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن يتعقد بيعا بثمان مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وايراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على أنهم ما جنسان والا فالطعام بالطعام وكون اسم الاعيم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متمثلا كالحيوان بطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والشوب الهروي

كسائر الموزونات (قوله فاذا اختلفا في صورة) أي في صورة الوزن فان الزعفران ووزن بالانماء والنقود بالسحاب ومعنى فان الزعفران مثنى متعین والنقود ثمن لا يتعين وحكمهما ان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران وأشباهه اذا باعه موازنة لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن (قوله لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) وهذا لانهم اذا اتفقا في الوزن من كل وجه ككلوا سلم الحديد في القطن حرم النساء لشبهة الرابا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر في الذخيرة و ربا النساء بحرم واحد وصفي علة الرابا وهو الجنس أو الوزن أو الكيل مثنى متعین حتى اذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز لوزن جود الكيل في مثنى وكذا اذا أسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوزن جود الوزن في مثنى واذا أسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوزن جود الوزن في مثنى واذا أسلم الدراهم في الزعفران

اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي غير معتبرة) لا يقال لم يجر جابذ لك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن بينهما حينئذ لا اشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة وله هذا قال شمس الاثمة بل نقول اتفقا في معنى الوزن صورة لا معنى وحكمهما اذا جعل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذلك اعتبار رائد على ما ذكره شمس الاثمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلو لم يجوز لوزن جود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فان شرع الرخصة في التجوز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الاثمة ولكن هذا كلام

(قوله وأما الثاني فلان الزعفران مثنى متعین) أقول لا يظهر كون هذا اختلافا في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله

لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك أن نفي اشتراك معنى الوزن مما ينبغي البديهة قال

من يجوز تخصيص العليل والسنان نقول به (قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحظمة والشعر
والتمر والمخ (فهو مكيل أبدأ وان ترك الناس الكيل فيسه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدأ) لان
النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والا قوى لا يترك بالادنى
(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها) أى عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم (١٥٧) فها وقعت عليه لقوله عليه الصلاة
والسلام ما رآه المسلمون

حسنافه وعند الله حسن
(وعن أبي يوسف رحمه الله
اعتبار العرف على خلاف
المقصود عليه أيضا لان
النص على ذلك) أى على
الكيل فى المكيل والوزن
فى الموزون فى ذلك الوقت
انما كان للعادة فيه فكان
المظور اليه هو العادة
فى ذلك الوقت وقد تبدلت
فيجب أن يثبت الحكم على
وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع
حظنة بجنسها متساويا
وزنا أو ذهبها بجنسها متساويا
كيلا) جازعنده اذا تعارفا
ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة
وتحدر جمهما القهوان
تعارفوه لتوهم الفضل على
ما هو المعيار فيه كما اذا باع
بجازفة لكن يجوز الاسلام
فى الحظنة ونحوها وزنا على
ما اختاره الطحاوى لوجود
الاسلام فى معلوم فان المعاملة
ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر
هو الاعلام على وجه يبنى
المنفعة فى التسليم وذلك كما
يحصل بالكيل يحصل به كسر
الوزن وكسر فى التهمة
ذكر فى المجرى عن أصحابنا
أنه لا يجوز فكان فى المسئلة
روايتان قال المصنف

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدأ وان ترك
الناس الكيل فيه مثل الحظمة والشعر والتمر والمخ وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون
أبدأ وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والا قوى لا يترك بالادنى
(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف
المقصود عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هى المظور اليها وقد تبدلت

والمرورى وهو يسكون الرأه جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المرورى المنسوج بغير عدد
وخراسان والابدال الرمنى والطالقانى جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا
غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمغز والالبسة واللبعم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج
والخبرى جنسان والادهاى المختلفة أصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غبر مطبوخ برطل مطبوخ
مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا
فهو مكيل أبدأ وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا فى الوزن الا ان علم أنهم
متماثلان فى الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدأ مثل الذهب والفضة
لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى اخراج الشموع
والسرج الى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتج على أن يكون على باطل ولان حجة للعرف على
الذين تعارفوه والتموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو
قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفى المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل
خوارزم من بيع الحظنة الى بيعها بالخرى يفتيموز ونامتساو بالايجوز (وما لم ينص عليه رسول الله صلى
الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) فى الاسواق (لانها) أى العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه
لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف
بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعى أن ما كان مستخرا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق
(وعن أبي يوسف وجهه انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل فى
الشيء أو الوزن فيه مما كان فى ذلك الوقت الا لان العادة كذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأجيب
بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان

يجوز لانه لم يوجد الوزن فى مثمين أو ثمين انما وجد فى ثمن وثمان (قوله لان النص أقوى من العرف)
لان العرف يحتج على أن يكون على الباطل وأما النص بعد ثبوته فلا يحتج على أن يكون على الباطل ولان العرف
حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به وأما النص فحجة على الكل (قوله لانها دالة) أى
العادة برجوع اليها لانها مبينة على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله لان النص على ذلك لمكان العادة) أى لان النص بالكيل
فى المكيل وبالوزن فى الموزون وفى ذلك الوقت انما كان العادة فيه فكانت هى المظور اليها
(قوله وقد تبدلت) والجواب عنه أن تقرير رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا فى ذلك بمنزلة النص

(وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هى المظور اليها وقد تبدلت)
أقول استقرض الدراهم عدد او يسع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية
قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرض الدراهم عدد او يسع الدقيق وزنا على ما هو
المتعارف فى زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والغض نصف من والاواق جمع اوقية كائنته واثاف قيل هي وزن سبعة مثاقيل وذ كرفي الصالح انه

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والغض نصف من والاواق جمع اوقية كائنته واثاف قيل هي وزن سبعة مثاقيل وذ كرفي الصالح انه

العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا يلزم أياوسف لان قصاره انه كذبه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تعير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا النص عليه على وزن ما ذكرنا في سنية التراجع مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواطى عليه بل فعله مرة ثم تركه لكن لما بين عذر خشيته الافتراض على معنى لولا له لو اطلب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا آمننا من بعده الشخ في حكمنا بالسنية فكذا هذا هو التعير تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا الوباغ الحنطة بجنسها متساو ياوزناو الذهب بجنسه متمائلا كبلالايجوز عندهما وان تعار فوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الأنه الى آخره) استثناء على قوله ما من قوله فهو مكيل أبدا أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناء وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيسه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيسه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعهما بجنسهما فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فلما لم يكن ذلك المسوى التحقق بالخراف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا راجعهم الله انه لا يجوز زلانه مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلوا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا تنفعا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز زلو جود المصحح وانتقاء المانع وفي جمع التغاير يقر وروى عنهم اجواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا في الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيل نصالوزني عادة وقلبه فالوزن نصالعادة كافي اناء من من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر في الاناء من من غير النقيدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يباع وزنا لانه عددي متقارب وفي أواق الذهب والفضة لا يجوز زفانه يجري فيها بالفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصناعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصناعة أيضا من أن يكون موز وزنا بالعرف (قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألقاظ وربما ينسب اليها المبيع بل فقط بقدر ولم يشتهر فيها انها اسم

منه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص (قوله لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه) وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب لان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم (قوله الا أنه يجوز زلاسلام في الحنطة وزنا) وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا راجعهم الله لان المماثلة لا تشترط في المسلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذ يحصل بذ كرالوزن كما يحصل بذ كرالكيل وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز زلانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس (قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والغض نصف من وعن الاصمعي هو الذي يوزن به أو يكال به وقال أبو عبيدة وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة معناه ما يباع بالآواق كالادهان ونحوها والاوقية بالتشديد أو بعون درهما وهي من أفعولة من الوفاية لانها تاتي صاحبها من الضر وقيل فعيلة من الاوق وهو النقل والجمع الاواق بالتشديد والتخفيف وهذا الأطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم وهو استار وثلاث استار وفي كتاب العين اوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة في عدة أحاديث اوقية ثم تعرف الى اوقية قال الأزهرى واللغة الجيدة اوقية كذا في المغرب ثم قال وكاشهم

لانهم اقدوت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع
بمكاييل لا يعرف وزنه بمكاييل مثله لا يجوز لنه وهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع
على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

ورجع الى الوزن كما اشتهر في المن والعنطار والى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه الاسماء من قبيل
الوزن فيجوز حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجوز عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الواو
وكسرها والواقية فافاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل
والواقية كيلا بكييل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهم لا يجوز لاحتمال عدم
تساوهم في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساو بالوزن صحيح وليس قولنا
لاحتمال عدم تساوهم ما زال افادة انه لو ظهر تساوهم ما زال يجوز فافاد ان أموال الرطل بالبيع مجازفة
ثم ظهر تساوهم ما زال يجوز بخلافه في قول الشافعي كقولنا بل لا فائدة انه لو علم تساوهم ما يجب نسبتهم
اليهم من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والواقية يختلف فيها عرف الامصار ويختلف في المصار الواحد أمر
المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما ووزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي
مصر مائة وأربعون درهما وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربع مائة مثاقيل وفي حلب أكثر من ذلك
وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيلا صدقة
الغطرو وغيره من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور تفسير الكنانة والرطل السكك مائتا درهم
بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين
أوقية وحيث لا يشك في اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أو بعين
درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كذا كرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع
أسماء أخرى توقيفتم من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال وقوله بمكاييل
لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهبوا فضة بجنسه
أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى
لو عقد العقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا واقتراهما صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر
وهو مستدل لان اشتراط التقابض يغيبه ولو استقط الخيار والاجل في المجلس عاده بخلافه فافاد وان كان
بختلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ماسوي التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه
وسلم الفضة بالفضة وبالاهاء وهاء وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالذهب وبالاهاء وهاء والورق بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير
وبالاهاء وهاء والنمر بالنمر وبالاهاء وهاء ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق وبالاهاء وهاء
والبر بالبر وبالي آخره وهاء ممدود من هاء ألف وهمزة بوزن هاء مبنية على الفتح ومعناه خذوها يعني هو
وبالافهماء يقول كل منهما صاحب خذومنه هاؤم اقرؤا كتابه وفسره بأنه يعني يدايد في الحديث المتقدم
ثم قال (وما سواه) أي ماسوي عقد الصرف (بما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس

جعلوا الخاص عام في مكاييل الدهن فكيل اوقية عشرة ية وأوقية ربع اوقية نصفية ومنها قوله في فتاوى
أبي الليث رحمه الله ما يجمع الدهن من دهن يطر من الاوقية هل يطيب له أم لا وعن أبي حنيفة رحمه الله
ما رأينا فاضيا بكييل البول في الاواق (قوله لانهم اقدوت بطريق الوزن) لانه يشق وزن الدهن بالاثناء لانه لا
يمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء خرج فاتخذت الاواق لذلك تيسير اختلاف سائر المكاييل (قوله وعقد
الصرف ما وقع على جنس الاثمان) أي في الطرفين هذا تعريفة وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه لقوله
عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء بوزن هاء أي خذاي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء أي يقول كل
واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فقباضان (قوله وما سواه) أي ماسوي الصرف من العقود الواردة على

وعقد الصرف ما وقع على
جنس الاثمان الخ عقد
الصرف ما وقع على جنس
الاثمان وهي النقود يعتبر
فيه قبض عوضيه في المجلس
قوله (يعتبر فيه) خبر نان
لقوله عقد الصرف ومعنى
يعتبر يجب

(لقوله صلى الله عليه وسلم الغضة بالغضة هاهنا) معناه يدايد و قد تقدم دلالة على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقايضان وفسره بوجه يدايد جوال الى افادة معنى التعيين كالتبيين (وما سوى جنس الأثمان) من الرويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعموم سواء بيع بجنسه كبسيع كرحضة بكر حنطة أو بغير جنسه كبكر حنطة بشعير أو تمر فإنه اذا افترا لا عن قبض فسد العقد عنده استدلال على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لم في الحديث المعروف يدايد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها السكونم الآله له فهي كناية وبأنه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد من جهة فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (وانما أنه مبيع متعين) لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالشوب والعبد والذابة وغير هاهنا وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالقدار ما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب (١٦٠) بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العقد وقوله

(وهي قوله عليه الصلاة والسلام الغضة بالغضة هاهنا) معناه يدايد وسنين الغضة في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وما سواه مما فيه الرابح) يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقايض خلافا للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدايد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد من جهة فتثبت شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالشوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدايد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه

يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقايض فلو افترا بعد تعيين البديلين عن غير قبض حاز عندنا (خلافا للشافعي في بيع الطعام) أي كل مطعموم حنطة أو شعير أو لحوم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقايض لقوله صلى الله عليه وسلم يدايد ولانه حينئذ يقع التعاقب في القبض والنقد من جهة فيكون كالو جمل اذ يحصل التفاوت في البديلين (ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط في صحة بيعه) القبض كالشوب والشوب والعبد والعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدينار لا تتعين بملاوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدايد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت

الاموال الربوية (قوله خلافا للشافعي رحمه الله في بيع الطعام) وذ كر لفظ الطعام مطلقا يتناول كل مطعموم سواء اختلف الجنس أو اتحد بان باع كرحضة بكر حنطة أو بكر شعير أو تمر وافترا من غير قبض فإنه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدايد أي قبضا بقبض وانما كنى باليد عن القبض لان اليد آلة القبض ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالشوب أي كجملو باع ثوبا بشوب أو بثوبين وافترا لا عن قبض فان قبيل اذ باع اناء فضة باء اناء فضة أو باء اناء ذهب يشترط فيهما التقايض مع أن اناء الغضة أر الذهب مما يتعين بالتعيين قلنا ان الذهب والغضة خلقا متعينين والتعيين بالصنعة عارض فبقى شبهة عدم التعيين نظر الى الاصل فيشترط القبض اعتبارا للشبهة في الرابح بخلاف الطعام فانه ما خاق للتمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعيين بعد التعيين (قوله ومعنى قوله عليه السلام يدايد عينا بعين) اذ اليد

(وهي قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين متناف بالاجماع المركب أما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الآخر وقوله (يدايد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لانه آت له كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد (وقوله عينا بعين) محتمل لايحتمل غيره قال المصنف (لقوله عليه

الصلاة والسلام الغضة بالغضة هاهنا) أقول قال الاتقاني قال المطارزي هاهنا وزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم وتعاقب اقر وأخاطبه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقايضان والعصر خطا انتهى وفي شرح مسلم للنووي فيه لغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاء فابدلت الهجزة من الكاف ثم قال وغلط الخطا بغيره المحدثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والقصر وليست بعلط بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قبيل تقدير بيعا لوجب المبيع وهو مباح أحجب بان الوجوب مصر وف الى الصفة (قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول بمعنى الحديث والله تعالى أعلم بغيره الغضة بالغضة فائلا كل منكم لصاحبه هاهنا وفيه بحث بل المعنى متقائدين هاهنا وهاء (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لوصف هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرط في غير الأثمان أيضا اذ لفظ هاهنا وهاء مذكور في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعني ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراد الشرط بالتعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انما هو أيضا ممنوع

فيحمل الممثل على المحكم ولا يقال لمحكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأن قول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كلها لكن تعين كل شيء بحسبه ونقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إنا ذهب ببيع بانه مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن إنا يبيع بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجب بانه وان تعين لمكنه لما كان مخالفة كان فيه شبهة (١٦١) عدم التعيين والشبهة في الرأيا الحقيقة

فأشترط القبض دفعها

واعتبر بانه ما ذكرتم

انما هو على طريقكم

في ان الثمن لا تعين وأما

الشافي فليس يقال به فلا

يكون ملزما والجواب انه

ذكره بطريق المبادئ

ههنا النبوة الدلائل الملزمة

على ما عرف في موضعه قوله

وتعاقب القبض جواب

عن قوله ولانه اذا لم يقبض

في المجلس وجهه المانع

تعاقب بعد تغاوت في المالية

عرفا كفي النقود والمؤجل

وما ذكرتم ليس كذلك لان

التجار لا يفتشون في المالية

بين المقبوض في المجلس

وغيره بعد ان يكون حالا

معينا قال (و يجوز بيع

البیضة بالبيضين الخ) بيع

العددي المتقارب بحسبه

متفاضلا جائزا كانا

موجودين لانعدام المعيار

وان كان أحدهما نسيئة

لا يجوز لان الجنس بانفراده

بحرم النساء فان قيل الجوز

والبيض والقمر جعلت

أمثالا في ضمان المستهلك

فكيف يجوز بيع الواحد

بالاثنين أجب بان التماثل

في ذلك انما هو باصطلاح

وتعاقب القبض لا يعتبر تغاوت في المال عرفا بخلاف النقود والمؤجل قال (و يجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوز بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الرأوا الشافي بخلافه لوجود الطام على ماصر

يبدأ بدله واية أخرى عند مسلم عينا بعين واغلق في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب

بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمشاء وسواء عينا بعين فن زادو

ازداد فقد أرى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدد لا يعذر زيادة ما لم

يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل يبدأ على اشتراط التعاقب قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هذا

على ان الشرط التعيين لا التعاقب فيكون تعيها للمشتراك أو الحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاهنا وبدأ

يبدأ وفسر يبدأ بالتعيين لرواية عينا بعين واستدل به على التقاض في الصرف لا ينفقه لان في استدلال به

وهناك انما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقاض يكون لا بغيره لما قلنا انما لا تعين

الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حل يبدأ على معنى عينا بعين ليس

أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للتعين لان يبدأ يحتمل معنيين فهي تفسير له ولي كان

المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلو لم ان عينا بعين تفسير لبدأ

القائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقاض ويجب ان يحتمل عينا بعين عليه لان

القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا باب الر باب احتياط فيجب ان

تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن أوس اصطف من

طلحة بن عبيد الله صرافا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب يقلمها في يده ثم قال حتى ياتي خازني من الغابة وعمر

يسمع ذلك فقال والله لا تغارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق والاراء هاهنا

والبر بالبر والاراء هاهنا والشعير بالشعير والاراء هاهنا والتمر بالتمر والاراء هاهنا وهذا استدلال ابن

الجوزي على اشتراط التقاض على أبي حنيفة وصي الله عنه وكيف ومعنى هاهنا خذوه من أسماء الأفعال

ومنه هاهنا اقرؤا كتابه وقال قائل تخرج لي من بغضها السقاء * ثم تقول من يعيد هاهنا

أما ما نقل من قياس الشافي على الصرف في اشتراط التقاض فدفع بان الاسم يني هناك عن صرف كل

الى الآخر ما في يده والمعاني الغفوية تغطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة اليه

لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستعمل بطاوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة

بالتمرتين) الى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كلمة مشروط بكونه يبدأ أو هي من مسائل

آلة التعيين كما هو آلة القبض فلم كان حله على القبض أولى بل حله على هذا حق اساروى عبادة بن الصامت

عينا بعين فان قيل بعين هذا اللفظ أريد القبض في الصرف حتى لو افتراق قبل القبض بطل الصرف فكيف

يجوز ان يراد به التعيين في بيع الطعام قلنا بل اراد التعيين فيهما لأن التعيين في الصرف لا يكون الا بالقبض

فأشترط القبض للتعين لانه لم يختلف المراد (قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تغاوت في المال عرفا) جواب

عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس بتعاقب القبض يعني أن التجار لا يفصلون في المالية من المقبوض

(٢١ - (فخ القدير والسكافيه) - سادس) الناس على اهدار التفاوت فيجعل بذلك في حقهم وهو ضمان العدد وان وأمالا با فهو حق الشارح فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة تنو هي فيهما متفاوتة صغيرة وكبيرة وانما الشافي فيه لوجود الطام على ماصر

عنده (قوله ولا يقال لمحكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلام معني المشترك من فقط واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لأننا نسلم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا يرى الى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمشاء لا يبدل الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة

(قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددي عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبسح الدرهم بالدرهمين لانها
للمثنية خلق لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما (١٦٣) قال كذا كان بغير أعينهما فان ذلك

لم يجزأ كونه كالتابكالي أي
نسبته بنسبته وهو منهي عنه
(قوله وبخلاف ما اذا كان
أحدهما بغير عينه) جواب
عن القسمين الباقيين لان
عدم الجواز ثمة باعتبار ان
الجنس بانفراده يحرم النساء
قال (ولا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق) بيع الحنطة
بالدقيق أو بالسويق لا يجوز
منسوبا ولا متغاضلا لشبهة
الربا لانها مكيلة والمجانسة
باقية من وجه لانها ما أي
الدقيق والسويق من أجزاء
الحنطة لان الطعن لم يؤثر الا
في تغريق الاجزاء والمجتمع
لا يصير بالتغريق شيئا آخر
زانة من وجه لان اختلاف
الجنس باختلاف الاسم
والصورة والمعاني كما بين
الحنطة والشعير وقد زال
الاسم وهو ظاهر وتبدلت
الصورة واختلفت المعاني
فان ما يتبقى من الحنطة
لا يتبقى من الدقيق فانها تصلح
لاتخاذ الكسك والهريرة
وغيرهما دون الدقيق
والسويق وبالفضل بين
الحنطة والحنطة كانا بنا
قبل الطعن وبصبر ورنة
دقيقا زالت المجانسة من وجه
دون وجه فوقع الشك في
زواله والباقي لا يزول بالشك
فان قيل لا يتخلو ما ان يكون
الدقيق حنطة أولا والثاني

فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للمثنية خلق لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما (١٦٣) قال كذا كان بغير أعينهما فان ذلك
لم يجزأ كونه كالتابكالي أي
نسبته بنسبته وهو منهي عنه
(قوله وبخلاف ما اذا كان
أحدهما بغير عينه) جواب
عن القسمين الباقيين لان
عدم الجواز ثمة باعتبار ان
الجنس بانفراده يحرم النساء
قال (ولا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق) بيع الحنطة
بالدقيق أو بالسويق لا يجوز
منسوبا ولا متغاضلا لشبهة
الربا لانها مكيلة والمجانسة
باقية من وجه لانها ما أي
الدقيق والسويق من أجزاء
الحنطة لان الطعن لم يؤثر الا
في تغريق الاجزاء والمجتمع
لا يصير بالتغريق شيئا آخر
زانة من وجه لان اختلاف
الجنس باختلاف الاسم
والصورة والمعاني كما بين
الحنطة والشعير وقد زال
الاسم وهو ظاهر وتبدلت
الصورة واختلفت المعاني
فان ما يتبقى من الحنطة
لا يتبقى من الدقيق فانها تصلح
لاتخاذ الكسك والهريرة
وغيرهما دون الدقيق
والسويق وبالفضل بين
الحنطة والحنطة كانا بنا
قبل الطعن وبصبر ورنة
دقيقا زالت المجانسة من وجه
دون وجه فوقع الشك في
زواله والباقي لا يزول بالشك
فان قيل لا يتخلو ما ان يكون
الدقيق حنطة أولا والثاني

قبض الثمن والرابع ان يبيع فلان بغيره بفلسين حينها فيجوز خلافها ومدواصله ان الفلاس لا يتعين بالعينين
مادام وانما عندئذ يمتد عندئذ يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمدان الثمنية
ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثنا لا تتعين فصار كالي كالتابكالي أي
بالدرهمين ولهما ان ثمنها في حقهما ثبتت باصطلاحهما والا ولاية للغير عاينها ما قبل باصطلاحهما واذا
بطات الثمنية تعينت بالعينين لصبر ورتها عرضا اعترض عليه بان الفلاس اذا كسدت باصطلاح الكل لا
تكون ثمنها باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عرضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواها على ثمنها
أجيب بان الفلاس في الاصل عرض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز
أن تصير ثمنها باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وبخلاف الناس وأما اذا اصطالحا على كونها
عرضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنا وان صار عرضا جواب
عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ يبيع قطعة من جنس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان
الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنها لا يستلزم اهدار العددي فانه
لا يلزم من عدم الثمنية وعدم العددي بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددي كالنقد والعددي مع عدم
الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للمثنية خلق وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما
لانه يبيع السكالي بالسكالي وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان
كدين المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالتقديس يبيع بمائتين بدينارين
ويكون مع ذلك خلافا لكونه بغير عينه ليس معناه نسبه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس
بانفراده يحرم النساء والسكالي بالسكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وفي الفائق كلاً الدين بالرفع
كلاً فهو كالي اذا ناخر وقال الشاعر * وعينه كالي الضمار * بهجور جلا برديع عطينة الحاضرة
كلما آخر الذي لا يرجي ومنه كلاً الله بك كلاً العمر أي أكثر ما خيرا وتكلاً أي استنساأت نسبة
وحديث النهي عن السكالي بالسكالي رواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم من حديث
موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع
كالي بكالي وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال للورأي شعبة ما رأينا منكم لم يرو عنه
ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعفه بالاسلمى ورواه الحاكم
والدارقطني عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع
هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث ارفع بن خديج في حديث طويل وعن كالي بكالي
والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي دقيقة بوجه من الوجوه (ولا
بالسويق) أي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التغاضل وحقيقته جائزة

كالي ومعنى السكالي بالسكالي النسبة بالنسبة (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي لا متساوبا ولا
متغاضلا بالسكالي ولا بغيره (قوله لان المجانسة باقية من وجه) لانها من أجزاء الحنطة لان الطعن لم يوجد

فليتأمل قال المصنف (لانه كالي بالسكالي وقد نهى عنه) أقول روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن السكالي بالسكالي قال أبو عبيدة
هو النسبة بالنسبة وقال صاحب الفائق كلاً الدين كلاً أو فهو كالي اذا ناخر ومنه كلاً الله بك كلاً العمر أي أطوله وأشدّه ناخرا وكلاً
أي إنسانه وكلات في الطعام أي أسلفت قال المصنف (لانها من أجزاء الحنطة) أقول وانما يقل أجزاءها لان من أجزاءها الخالة أيضا

الثانية نفي ثوبهم جواز المساواة ونأخذ من الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان يبيع الدقيق بالدقيق اذا تساوى كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز ببيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا (١٦٥) متفاضلا لان الدقيق أجزاء حنطة غير

مقلية والسويق أجزاءها مقلية فكلما لا يجوز ببيع أجزاء بعض بالأجزاء لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز ببيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدابيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير

فذلك كالنصرح يكون كيلا تميزا (قوله اقيام المجانسة من وجه) أقول مع انقضاء المسوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضا (قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الحنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدي الجنس من وجه اذا المسئلة اتفاقية فبالهما هاتم يجمع الدقيق والسويق كذلك لان الحنطة اذا قلت صارت بالقي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد

الشرط (و ببيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز ببيع الدقيق بالمقلية ولا ببيع السويق بالحنطة فكذا يبيع أجزاءهما اقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهم جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

استقرضه كدلا والسلم فيه كدلا ومع الشاهد يبيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه يتكيس بالكيس فلا يصدق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التغاوت بالكيس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساوى كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظا متساويا نصب على الحال ونصب كدلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصب عرقا والاصل متساويا كدله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزار وايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا يبيع الدقيق بالدقيق وزلا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا يبيع الخالة بالخالة وفي شرح أبي نصر يجوز ببيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة أحسن لاهذا وذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المتخول بغير المتخول لا يجوز الامساك لا وبيع الخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بان كانت الخالة انحصار أكثر من الخالة التي في لدقيق ثم قال المصنف (و ببيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز ببيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير يسوي ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا تساويا أما دقيق الحنطة يسوي الشعير وعكسه فلا شك في جوازه (وعندهما يجوز) ببيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الحنطة وسويهما مثلا (جنسان) وان رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدة أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما انما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز ببيع أحدهما بالأخر متساويا ومتفاضلا أبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا ولا ليس الاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكيسه به بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه بالفضل ور بالفضل لا يثبت الجمع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمنع العلم

تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة (قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله) إلى قوله اقيام المجانسة من وجه اذا السويق أجزاء حنطة مقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا يبيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز ببيع المقلية بالدقيق ولا ببيع الحنطة بالسويق فكذا يبيع أجزاءهما بل هذا أحق لتوفر المجانسة هنا وعندهما لا يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والاطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن أو بالعسل فيؤكل كذلك أو يشرب بالماء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز ببيع متساويا بالمتفاضلا لان الدقيق قدير يرسو يقابان يرس عليه الماء ثم يغلى فيصير

واذا فرقت الأجزاء بصير المتفرق غير المجمع أيضا من وجه ففي الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل

فإن لمعظم المقصود وهو التغذي يشمله ما لا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة
قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا
إذا كان اللحم المفروزاً كثيراً ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق
الربا

بالمساواة فيمنع البيع مطلقاً قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (فلنا أعظم المقاصد) هي
مقصدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس
في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود
الأعظم مع فوات مادونه من المقاصد فإن المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتحذف منها خبز (و) كذا
(العلكة) أي الحبيدة السائلة من السوس (مع السوسة) ومع ذلك جعل الجنس الواحد إذا غير الجنس بالسوسة يجوز
بيعها بالعلكة كبقية مساو أو المقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن السكيل لا يسوي بينهما ما يبيع
الحنطة المقلية بالمقلية فاختلوا قيل يجوز إذا تساوا أو زاد ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط
ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوس
أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من
جنس ذلك الحيوان أو لا مساو بالما في الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسبة فلا امتناع السلم في الحيوان
واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه كالحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجوز بالبقرة
الحية يجوز كيفما كان وان كان من جنسه كالحم شاة بشاة حية فشرطه أنه يكون اللحم المقرراً أكثر من
اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم (بمقابلة السقط اذ لو لم يكن
كذلك يتحقق الربا) أما زيادة السقطان كان اللحم المفروز مثله ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة
اللحم ان كان اللحم أقل ما في الشاة فنصار كبيع الحل بالمهمل وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك
الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والاركارع ولو كانت
الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساوا أو زاد بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصلة من السقط وان
كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز وعند السكندر أماعندهما فظاهر

سوي يقابعدا يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لحواز العقد باعتبار المال (قوله فلنا معظم
المقصود وهو التغذي يشملهما) ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة فلا يصلح
للزراعة والهريسة وذلك لا يوجب اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق إلا أن يبيع الحنطة المقلية بغير
المقلية لا يصح في الأصح لعدم المساوي بينهما فإن المقلية لا تعدل بالدخول في السكيل لا تتفاخ يحدث فيها بالغلي
إذا قلت وطبقة أو ضمور إذا قلت بسوسة وهذا التفاوت معتبر لانه يصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة
والسوسة لانه باق فتساوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالسوسة يصح لو جود المساوي بينهما حنطة
علكة أي تتلجج كالعلاب من جودتها واصلتها التلجج التمدد من غير انقطاع السوسة بكسر الواو والمشددة
التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والياب والطعام وفي الذخيرة وأما بيع المقلية بالمقلية
فيجوز إذا تساوا أو كليلان المجاسة بينهما فاقمت كل وجهه ذكر في المبسوط أنه لا يجوز كذا في النهاية
(قوله بلحم من جنسه) بأن باع لحم الشاة بالشاة الحية) وإنما قيد بلحم من جنسه لانهما لو كانا مختلفين بأن
باع لحم البقر بالشاة أو ما شبهه يجوز ما ذتفاق من غير اعتبار بالقل والكثرة كما يبيع اللحم المختلفة على
ما يبيح هذا إذا كانت الشاة حية أما إذا كانت مذبوحة فغير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار بالاتفاق
وان كانت مسلوخة مفصلة عن السقط جاز إذا تساوا أو زادوا فلا وسقط المتاع رذاله وأراد به هنا ما لا يطلق

المقلية (والعلكة بالسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يلقى إذا شوى ويجوز مقولته من فلا يعلق والعلكة هي الحبيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) يبيع اللحم بالحيوان على وجهه منهما إذا باعه بغير حيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقرة بالشاة مثلاً وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار بالقل والكثرة كفاي اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنهما مذبوحة مفصلة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنهما ما إذا باعه بجنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز إلا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضاً بالاتفاق ومنها ما إذا باعه بجنسهما وهو مسألة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا إذا كان اللحم المفروزاً كثيراً ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لنتحقق الربا)

اما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معلوم وجود الجنسية باعتبار ما في الضمن: فصار كالحل أي الشيزج (بالسمسم
ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا بحالته والحويان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله ونخفته بالوزن لأنه يخف نفسه
مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن
إذا ميز بينهما وبين الشيزج يوزن الشيزج وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال (١٦٧) أن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان
فقال لكن يمكن معرفته

بالوزن ولا كذلك الحيوان
والذي يظهر من ذلك أن

الوزن يشمل الحل والسمسم
عند التمييز بين الدهن
والشيزج ولا يشمل اللحم
والحيوان بحال وهذا لأن
الحل والسمسم يوزنان ثم
ميز الشيزج ويوزن فيعرف
قدر الحل من السمسم

والحيوان لا يوزن في الابتداء
حق إذا ذبح وزن السقط
وهو لا يطلق عليه اسم
اللحم كالجلد والكرش
والامعاء وغيرها يعرف به
قدر اللحم فكان بيع اللحم
به يبيع موزون بما ليس

بموزون وفي ذلك اختلاف
الجنسين أيضا فان اللحم
غير حساس والحيوان
حساس مفترق بالارادة
والبيع فيه جاز متفاضلا
بعد أن يكون بدايات فان
قبل إذا اختلف الجنسان ولم
يشلهما الوزن جاز البيع
نسبة وليس كذلك أجيب

بأن النسبة إن كانت في
الشاة الحية فهو سلم في الحيوان
وان كانت في البدل الآخر
فهو سلم في اللحم وكلاهما

(قوله والذي يظهر من ذلك
أن الوزن يشمل الحل الخ)

أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شؤله أياهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني
بوزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فينثني فيخرج الدهن من السمسم فيوزن
الشيزج فيعلم مقدار الشيزج يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة ففعل المراد من
تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما

من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم وله ما أنه باع الموزون بما ليس
بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخف نفسه مرة بصلابته ويثقل
أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينهما وبين الشيزج ويوزن الشيزج

لأنه لو اشتراها باللحم جاز كما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة وأعلى قول بمحمد فأنما يجوز لأنه لحم اللحم
وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بآراء السقط وعلى هذا شأن مذبوحتان غير مسلوختين بشاة
مذبوحة لم تسليح يجوز لأن اللحم عظمه وزيادة لحم الشاة بآراء الجلود ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها
باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق
الاعتبار ولا غيره خلافا للمزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باع اللحم غير
جنسه كالحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه
وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الإطلاق (أنه باع موزون بما
ليس بموزون) فغايتة اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع اللبن لكن
اتحاده مع اختلاف المقدار به انما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيسهل وانما قلنا ان
الحيوان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدارين الشرعيين الوزن أو السكيل لأن
الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله بخلاف الدهن والسمسم (لأن
الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من الشيزج ثم يوزن الشيزج) هذا على النزول والأفهام على ما قال غير المصنف
يغتنم أن لحم الشاة الحية جنسين أخذ من قوله تعالى فكسونا الأعظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر
أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجسد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالأخر من غير اعتبار وانما امتنع
النساء لأنه حيث نذسلم وهو لا يجوز كما قدمناه وأعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف
وقوى من القوى ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومروى عن سعيد مقبول
بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حنبل السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن
حجاج عن قتادة عن الحسن بن سبرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سمع الحسن من سبرة عده
موصولا ومن لم يثبت فهو مروى عن جدي وأنت تعلم أن المرسل عندنا نحوه مما لا أقول أسند الشافعي إلى رجل مجهول
من أهل المدينة نهى صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي ميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه

عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال (قوله من حيث زيادة السقط) بأن قول
اللحم باللحم أو من حيث زيادة اللحم بأن قول اللحم بالسقط (قوله وصار كالحل بالسمسم) أي كبيع دهن
السمسم بالسمسم فإنه لا يصح الا بطريق الاعتبار بل أولى لأن اللحم في الشاة أبين من الدهن في السمسم لأنه قائم
بعمنه ولكنه يختلط بغيره من الجلود والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربابين الدهن
والسمسم لأن يثبت هنا أولى (قوله لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى) لاسترخاء مفاصله والميت
لا استرخاء مفاصله أثقل من الحي والنساء لاسترخائهن أثقل من الرجال لصلابتهن (قوله بخلاف تلك المسألة)

أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شؤله أياهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني
بوزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فينثني فيخرج الدهن من السمسم فيوزن
الشيزج فيعلم مقدار الشيزج يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة ففعل المراد من
تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما

لا يجوز (قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) (بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالاجماع ومثلاً بمثل جوزة أبو حنيفة خاصة) (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) (وقال) (أينقص اذا جف فقبل نعم قال لا اذا) (أى لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى (١٦٨) اشتراط المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك

قال (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) (وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقبل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا واه الرطب ثم لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليمر رطب أو كل تمر خبير هكذا مما عمار أو بيع التمر بمثله جائزاً أو يونا ولو كان تمر

أنه نهي عن بيع اللحم بالخياض وبسندته الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لا تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه له بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن خريراً ونحوه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه اعرابي بعنقه فقال اعطوني بهذا العناق لجاً فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وناوله على أنه كان من ابل الصدقة فنحره لتصدق به (قوله) (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) (وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد وجههم الله لا يجوز فقد تغرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأد الرطب بالرطب فيجوز عندنا كإلزامنا مثلاً للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيمار وي مالاً في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل قال البضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثانی الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب ثم لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب أو كل تمر خبير هكذا قسمه) (أى سمي الرطب (تمراً) وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كما تخرج الشبخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أتابين عدى الانصارى رضي الله عنه فاستعمله على خبير فقدم بهم جنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خبير هكذا فقال لا والله يا رسول الله اننا لندخل الصاع من هذا بالصاعين من الجع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان وللفظ آخرنا لندخل الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بيع الجع بالدرهم ثم ابتاع بالدرهم جنيناً والجع أصناف بمجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافين فبين حلف لا يأكل تمرأفا كل رطباً انه يحنث فليس كذلك بل المذهب أنه لا يحنث لان مبناها على العرف وسند كثر تمامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرأ) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشد اعلاءه لمخالفة الخبير فسالوه عن التمر فقال الرطب اما ان يكون تمرأ أو لم

(قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولا يحنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمي الرطب تمرأ حين أهدى رطباً فقال أو كل تمر خبير هكذا وبيع التمر بمثله جائزاً لا وينامن الحديث المشهور وأما المعقول فمأروى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد اعلاءه لمخالفة الخبر فاحتج بان الرطب لا يتناول ما ان يكون تمرأ أو لا فان كان تمرأ جازاً العقيد بول الحديث يعنى قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلماً قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان التردد المذكور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فيجوز بول الحديث أو لا فيجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في

أى بيع الخل بالسهم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشجيرة ووزن الشجيرة فيكون حينئذ بيع الموزون بموزون من جنسه فلا يجوز الامع التساوى وذلك مجهور والنهي عن بيع اللحم بالخياض فيما اذا كان أحدهما منسبته كاذ كرمقيدابه في رواية ونقوله (قوله لا اذا) (أى لا يجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدينق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله ولا نوله) كان تمرأ الى آخره) فان قيل فما النظر الى هذا التردد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا يتناول اما ان كانت حنطة أو لم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز أيضاً لقوله

المناطرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بيننا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة جاز

(قوله لا اذا) أقول معقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أى أهم التمر

من النخل من حيث تنعقد صورته الى أن تذركه والرطب اسم لنوع ومنه كالبخري وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة (قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا انما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القسلي صنعة يغرم عليها الاعراض فصار كمن باع قفصا بغيره ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينشئ على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كفي الرطب والتبر والجيد والردى والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفسق بسين الحلاف والاختلاف سبق في باب الوعد الذي يوجب الحسد والذي لا يوجب

جاز البيع بأول الحديث وان كان غير عرق فما آخروه وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم ومداماروا به على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم هذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأيدله المصنف بقوله ضعيف (عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتسع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التتبع زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المخزومي ويقال مولد بني زهرة المدني ليس به باس وغيره مشايخنا ذكروا أن أباحنيفة انما قال هو مجهول وقد رتد زبده بين كونه تمرا أو لابان هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم نسوية السكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما السكيل وانما يسوي في حال اعتدال البدن وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة ممنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعرض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبها أمرا خفيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانما في الحال تحكم بعدم التساوي لا كتنازأ أحدهما في السكيل بخلاف الآخر لثقل كثير ورد طعنة في أبي عياش أيضا انه ثقة كما نقلنا آثام من قول صاحب التتبع وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه ثمان ثقتان عبد الله بن زيد ومولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهم مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرجه حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريمه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد بن عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أحجب أيضا بانه بتقدير صحة السند فالمراد ان النسيئة عنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن زيد أن أباع عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نسي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيته وهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآئروا رواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربع على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة ما كوا اسمعيل بن أبي أمية والجمال بن عثمان وآخر أنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبوله لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا في زيادة تغريدها بعض الرواة الحاضر بن في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل من مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسمع فسلم يظهر أن الحال كذلك فلا يصل انه قاله في مجلس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أنه ينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النسيئة عنه نسيته وما ذكرنا أن فائدته أن الرطب ينقص الى أن يعمل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للبيتم باعتبار النقصان عند الجف ففمنعه على طريق الاشفاق مبنى على أن السائل كان

عليه السلام اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم أما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عن قوله أو ينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر في المبسوط ودخل أبو حنيفة رحمه الله بغداد فاستل عن هذه المسئلة وكانوا شديد عليه لثقة الخبر فقال الرطب لا يخلو اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد أيضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد قال هذا الحديث دائر على

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الخجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التمر على الرطب فعلا (١٧٠) نوعا واحدا فجاز البيع مثلا يمثله ويرد له باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه

التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كمالا بالرطب يجوز ممتثلا كمالا أي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال أعني عند الجفاف فلا يجوز بالخطئة بالحق ولنا أنه يسع التمر بالتمر متساوفا كان جازا وكذلك يسع الخطئة الرطبة بالخطئة الرطبة أو الخطئة المبلولة بالمبلولة أو الخطئة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع اذا التي في اليابسة لتبطل وتخرج منه الخلاوة جاز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفرغه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبر بها في الحال علا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل في يسع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني يسع الخطئة الرطبة والمبلولة الى آخرها

قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كمالا عندنا لانه يسع التمر بالتمر وكذا يسع الخطئة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو اليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما ممتثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو الحال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره ولي يقيم ولا دليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كمالا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) انهما يعني في منع يسع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف باعتباره اشتماله على العلة المنبهة عليها ولا يبي حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا ولا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التمر يسع أي جعفر أن جواز يسع الزبيب بالعنب قولهم جميعا ذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الاعلى الاعتبار فقال المصنف (وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن يصنع العبادة لعدم اللطافة التي كانت الخطئة بها متلبة بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في يسع العنب بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفقا فيجوز اتفقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية السكاك يجوز عنده وعندهما لا يجوز الاعلى الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لا يبي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز ممتثلا كمالا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والشمش والجوز والكمثرى والريمان والاجاص لا يجوز رطبه برطبه كمالا لا يجوز يسع رطبه يبابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر بمثله لان بين الباقلاء تين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبير الخطئة المقلية بغير المقلية ويسع الخطئة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا يسع التمر المنقع والزبيب المنقع باليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من يسع

زيد بن عياش وزيد بن عياش مما لا يقبل حديثه واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله كيف يقال أبو حنيفة رحمه الله لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش مما لا يقبل حديثه وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شبه الخصم ولكن الخجة لا تتم بهذا الجواز أن يكون ههنا قسم ثالث كافي المقلية بغير المقلية ولكن الخجة لا يبي حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل مثل مثل والتمر اسم لثمرته خارجة من النخل من حين تنعقد صورته الى أن تذول وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبديل اسم العنب كالآدمي يكون صبيها ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت أن الكل تمر راعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد فان قيل لو كان الرطب تمرا ينبغي أن يحث فيما اذا جلف لا يا كل وطبا كل تمرا قلنا معنى الايمان على العرف وفي العرف الرطب غير التمر وتاويل الحديث ان مع أن السائل كان وصيا للقيم فلم ير رسول الله عليه السلام في ذلك التصرف منفعه للقيم باعتبار النقصان عند الجفوف فنع الوصي منه على طريق الاشفاق لاعلى وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح أنه سئل عن يسع الرطب بالتمر نساء كذا روى أبو داود في سننه وبه نقول (قوله وقيل لا يجوز بالاتفاق) والفرق لا يبي حنيفة رحمه الله بين يسع التمر بالرطب يسع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه السلام أو كل تمر خبير هكذا ولم يرد باطلاق اسم الزبيب على العنب (قوله

في

لا اعتبار التفاوت الصنعي اذ ذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً باطلاق الحديث لأنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما
روى بناء لهما وجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء
البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين
المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع
البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لأنه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لاقبله

الحنطة المبلولة الى هنا والمنعق اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخباسة فهو منعق وأصله ان محمد باعتبار المساواة
في أعدل الأحوال وهو المال عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعيد وذلك منتف في المبلولة والرطب مع مثلها أو
اليابسة أمامع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلب قال الخواص في الرواية محفوظة
عن محمد أن يبيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفعت أما اذا بليت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا
تساوا كلاً وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتاويل التساوي في الحال (عملاً باطلاق الحديث) أي
حديث عبادة بن الصامت وغيره (الأن أن أبو يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روى بناء) من
حديث سعيد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست
في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصورة وفي الحنطة عيب وفي المسوط ذكر في بعض النسخ
قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو
ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد
وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الراباذ ذلك والبل
بالماء يعمدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من
بيع الحنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازوه وكذلك بين العنب بالعنب فإنه
يجوز وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البديلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال
الاسم عنهما لا يفسد في الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد زوال الاسم عن البديلين عن الاسم الذي
عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه
لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر متساوياً) يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز) لأن
البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفخ الغاء وتشديد الراء مقصوراً كم الخلل وهو أول ما ينشق
(حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كلاً من التمر بكليتين من الكفري وقبله لأنه ليس بتمر (لأن)
الكفري لم ينعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر له (من أول ما تنعقد صورته لاقبله) وبهذا

لما روى بناء لهما) وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال وجب أن لا يصح بيع المبلولة بالرطوبة ولا باليابسة
كالمقلىة بغير المقلىة لان الحنطة في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الراباعلى هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت
الى تلك الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة في الميعار الشرعى جاز العقد وأما الحنطة لم تخلق مقلىة حتى يكون
هذا إعادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الأئمة الخواص رحمه الله أن الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن يبيع
الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا بليت الحنطة وانتفعت أما اذا لم تنفع بعد بليت من ساعتها يجوز
بيعها باليابسة اذا تساوا كلاً كذا في المحط والذخيرة (قوله وجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول)
وهي بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب ان التفاوت في
هذه الفصول يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر وفي بيع
الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما وكان هذا تفاوتاً في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد
خروج البديلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد (قوله)
فان هذا الاسم) أي اسم التمر له من أول ما تنعقد صورته لاقبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفري وهو

وبين يبيع الرطب بالرطب
حيث اعتبر المساواة فيها
في أعدل الأحوال وفيه في
الحال ووجه ذلك ما ذكره في
الكتاب وحاصله أن التفاوت
اذا ظهر مع بقاء البديلين أو
أحدهما على الاسم الذي
عقد عليه العقد فهو مفسد
لكونه في المعقود عليه واذا
ظهر بعد زوال الاسم الذي
عقد عليه العقد عن البديلين
فليس يفسد اذا لم يكن تفاوتاً
في المعقود عليه فلا يكون
معتبراً قائل أن يقول
هذا انما يستقيم اذا كان
العقد وارداً على البديلين
بالتسمية وأما اذا كان
بالإشارة الى المعقود عليه
فلا لأن المعقود عليه هو
الذات المشار اليها وهي
لا تبدل قال (ولو باع
البسر بالتمر الخ) يبيع البسر
بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه
تمر لما بينا أن التمر اسم لشجرة
(قوله واقائل أن يقول هذا
انما يستقيم الخ) قول ذلك
أن تقول المراد بالضمير
الراجع الى الاسم في قوله
عقد عليه هو معنى المسمى
بطريق الاستخدام أو يقال
المضاف مقدر أي مسماه
بقريته جعله معقوداً عليه
لظهور أن ما عقد عليه العقد
هو المسمى حقيقة لا الاسم
فاندفع الاشكال

النخل من أول ما تنقد صورته ويغيبه من مساوياً من حيث الكيل يدايد جازراً بالاجماع ويبع الكفري بضم الكاف وفق الغاء وتشديد الزاء وهو كم النخل سمي به لانه يستمر في جوفه بالشمر جائز متساو باومتفاضلا يدايد لان الكفري ليس بثمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفري عددي متفاوت) قبل هو جواب سؤال تقريره لولم يكن ثمر الجازر اسلام التمر في الكفري لكونه لم يجز وتقر بالجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت (١٧٢) آحاده في المسألة فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ)

والزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشبثين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة على كفة بقفيز مسوسه من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني وهذا لم يجز بيع الحنطة بالديق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يتخلوا ما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولاً والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب والاول امان أن يكون المنفصل أكثر أولاً والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والشجير ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيتون والشجير وحده أي ساواه على تقدير أن يكون الشجير ذا قيمة وأما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود مقتضى انتقاء المانع والشيرج بالسمسم والشبهه والجوز بد منه واللبن سمي به والعنب بعصره والتمر بد بسمه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلاً السمسم يشبه في الشيرج والشجير فاما أن يكون المجموع منظور اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لان الشيرج وزني والسمسم كيلى أو من حيث الافراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صراً لكل واحد من الدهن والشجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كره حنطة وكرو شيرج مثلاً كرا حنطة

والزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج أيضاً وهو تعريب شيره (قوله فالشجير) وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان أكثر وقوله أو الشجير

استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فرود عليه انه لو حلف لا يأكل تمرًا فكل رطباً لا يحنت فكان غيره فاجاب بالمانع بل يحنت وليس يصحج بل المسئلة مسطوره في الكتب المذهبية لمشهوره بانه لا يحنت وكذا ادعى أنه يحنت فيما اذا حلف لا يأكل تمرًا فكل يسر اولم يكن به حاجته الى هذا اذ يكفيه أن الايمان مبنيه على العرف وكلامنا فيه لغته وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعد الى أن يطيب ثم يحف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفري عددي متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفري ثمرًا ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاؤلاً غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشتري به نسبة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيتون والشيرج معاً) معلوم أنه (أكثر مما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو ولا يجوز فلا احتمالات أربع والجواز في أحدها بانه اذا كان أكثر كان الخارج منه مثله من الدهن المفرد (والرائد) منه (ب) حقه باله (الشجير) وفي فتاوى قاضخان رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص أكثر اذا كان النخل في البدل الآخر شأله قيمة أما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويرى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقتلنا الفساد غالب لانه على تقدير يرى النقصان والمساواة والصحة على تقدير لا كثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز وهذا البيع أصلاً لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فمنع النسبة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنفي باعتبار ما أضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت والشيرج فصار جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظر الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا ذهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالحلاف منه ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن يختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بضم الكاف وفق الغاء وتشديد الزاء كما النخل لانه يستمر في جوفه (قوله والكفري عددي متفاوت) هذا جواب عما يقال الكفري لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز الاسلام في الكفري اذا جعل التمر رأس المال فاجاب أن الكفري عددي متفاوت لم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت) أي بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفي المغرب الزيتون من العصرة ويقال لشيره الزيتون أيضاً ولدهنه الزيتون والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير أو اللين قبل أن يتغير شيرج أيضاً وهو تعريب شيره (قوله فالشجير) وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان أكثر وقوله أو الشجير

الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود مقتضى انتقاء المانع والشيرج بالسمسم والشبهه والجوز بد منه واللبن سمي به والعنب بعصره والتمر بد بسمه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلاً السمسم يشبه في الشيرج والشجير فاما أن يكون المجموع منظور اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لان الشيرج وزني والسمسم كيلى أو من حيث الافراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صراً لكل واحد من الدهن والشجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كره حنطة وكرو شيرج مثلاً كرا حنطة

والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكر باس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع قال (ويجوز بيع اللعمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم

بالآخرة متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضيم الى الاصل ما عليه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجاز وبيع فغير سمس مطيب بغيره مطيب وعلى هذا يجوز بيع وطل وز مطبق برطلى وز غير مطبق وكذا يجوز بيع وطل دهن لوز مطبق برطلى دهن اللوز الخالص وكذا برطلى زيت مطيب برطلى زيت لم يطيب ففعلوا الرابحة التي فيها باراء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجيز الدهن المطيب وغيره الا بمثل ما يمشل وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمس بدهنه باى وجهه لان الدهن وزنى والسمس كيلي أجيب بانه لما كان المقصود من السمس ما في ضمنه من الدهن كان يبيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتغيره الى خلاف جنسه أجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كسئلة الاكرار ولا ضرورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقديده بما اذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لقيمة الثقل الجوز الا ان يكون يبيع بقشره فيؤدو كذا العنب لقيمة الثقله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج وانه أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى فاضلخان لا يجوز المتساويا لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا وأحداهما من الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن يبيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا ثم ذكر أنه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو مما يشترعه وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكانه ليكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللعمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها أجناس مختلفة لا اختلاف

وحده الى قوله أو مساويا له فان قيل ينبغي أن يجوز بيع دهن السمس بالسمس باى وجهه كان لان الدهن وزنى والسمس كيلي قلنا المقصود من السمس ما في السمس وهو دهنه فيكون حينئذ يبيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمس مقصودا وتغيره أيضا مقصودا حتى جعل بقائه شئ من الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتغير الى خلاف الجنس كافي مسئلة الاكرار وهي بيع كرحنطة وكشر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكشر شعير قلنا ذلك الصرف الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل خلقة كافي مسئلة الاكرار لانهما كان منفصلا خلقة أمكن اعتباره منفصلا في حق الصرف الى خلاف الجنس أيضا وفي المبسوط والاصل في جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن أخرى وفيها اذا وجدت المجانسة عينيا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة عاكبة بغير حنطة قدأ كلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شيا أخر كما حتى أن الغاصب اذا غصب حنطة وطحنها يصير ملكا له ثم لا يجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن (قوله والشبهة فيه كالحقيقة) ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود الدرو والنسل والاسامة وانما يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا كافي الزيت بالزيتون والسمس بالشعير لا ترى أن اللحم في الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو كالعدم حكم حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها عرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله (قوله على هذا الاعتبار) يعني ينبغي أن يكون المفرد زنى

وصكر شعير أو يكون أحدهما اما الدهن أو التغير منظور اليه فقط والثاني منتف عادة والاول واجب أن لا يقابل التغير بشئ من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمس بالسمس متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والتغير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كافي مسئلة الاكرار لفظه وكمال الجنسية حينئذ والدهن والتغير ليس كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلهما موزون وان خرجا من الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا باس ببيع واحد بالثوبين كذا في فتاوى فاضلخان وبيع الغزل بالثوب جائز والكر باس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روى عن محمد أن يبيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللعمان الخ

كل ما يكمل به نصاب الآخرة من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقرة والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعرباء والبخاق والمز والضان فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخرة فهو يوصف بالاختلاف كالبقرة والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذية والتقوى فمما كان الجنس متحدا ولنا ثم اقترح أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الأصل بوجوب اختلاف الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذية فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتمد على الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشك بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيلى فلم يتناولوه القدر الشرعى وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله اذالم تبدل (١٧٤) بالصنعة) قبل مراده ان اتحاد الاصول بوجوب اتحاد الفرع والاجزاء اذالم تبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الأصل متحدا كالهرى والمروى وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه يقول

فاما البقرة والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضأن وكذا العرباء مع البخاق قال (وكذلك ألبان البقرة والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن الجنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذلك اجزاؤها اذالم تبدل بالصنعة قال (وكذا اخل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصلهما فكذلك بين ماءهما اولهذه كان عصيرهما جنسين وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد

اختلاف الاصول بوجوب اختلاف الاجزاء اذالم تبدل بالصنعة وما اذا تبدلت فلا توجه وانما توجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الجنس مع اتحاد الأصل كالهرى مع المروى مع اتحادها في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا اخل الدقل بخل العنب الخ) اذ قل هو أورد التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا

أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصير جنسين (فاما البقرة والجواميس) في جنس واحد لا يجوز بيع لحم البقرة لحم الجواميس متفاضلا (وكذا المعز والضأن والعرباء مع البخاق) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما حاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلاً والعصافير متفاضلا لانه ليس مال بالزلا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الى آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحم كالأغذية الثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهلها وحشها جنس واحد والبحريات (وكذا ألبان البقرة والغنم) يجوز متفاضلا لانه ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين (وعن الشافعي أن اللحم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذية وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح مع قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بان أصولها (مختلفة) الأجناس (فكذلك اجزاؤها اذالم تبدل بالصنعة) فانما حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بال دقيق والسويق متفاضلا (وكذا اخل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصلهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردى التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذى كان في الغادة يتخذ خسلا (و) أما (شعر المعز وصف الغنم) في جنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمها ولبنهما جعل جنسا

هذه الاشياء أكثر مما في هذه الاشياء والعطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لا يصح الا بقرين الاعتبار لان في القطن غزلا لكنه دقيق جدا والسكر باس بالعطن يجوز كيفما كان أى سواء كان القطن أكثر مما في السكر باس من القطن أو أقل أو مساو يا بالاجماع (قوله وكذا ألبان البقرة والغنم) معطوف على قوله ويجوز بيع اللحم المختلفة (قوله وعن الشافعي رحمه الله أنه جنس واحد) لاتحاد المقصود وهو التغذية والتقوى والاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف (قوله اذالم تبدل بالصنعة) معناه أن الاجزاء حكم الاصول ما لم تتغير بالصنعة كما في الدهن مع السمسم والعصير مع العنب واذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الخنطة والسكر باس مع القطن واللبس مع العنب يجوز البيع كيفما كان وقيل

قال

جائز بديك وكذا حكم سائر الثمر ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا

أخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصلهما ولهذا كان عصيرهما معانى الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذلك اجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف اجزاء تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها مع اذالم تبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والاناة والقمة على ما تبين فليتدبر (قوله قبل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكانه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول ما خوذ من الخبازية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاء يبيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود باختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما طاهر فان الشعر يتخذ منه الجبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه البود واللحافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز يبيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا لا ناسم ذلك فان لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتخذ القصد اليهما والاولى ان يقال قلنا ان اختلاف المقصود يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الاعند التبديل بالصنعة (١٧٥) وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبديل بالصنعة أو

اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الاصول ويسقط ما قيل شعر المعز وصف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع فوجب الجانب الحرمة لان المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) جاز لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والنافع اختلافها أما اختلاف الصور فلا تن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء وأما اختلاف المعاني فلا نه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لاجتماع وأما اختلاف النافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) يبيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان

قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والنافع اختلافها فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا)

واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعر من الا لا غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتفرقة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزناو بالنظر الى المقاصد اختلاف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا لتعليب الحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلهما وتساوئهما فغير محرم وهذا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنى وألزم على تعليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود ووجب بمنع اتحادهما فان لبن البقر يقصد للسمين ولبن الابل لا يتانى منه ذلك وكذا أغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناهى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا في قمة بقعة ممتين واربعة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد التقدين فيمتنع التفاضل وان اصطحا وابتعد الصياغة على ترك الوزن والاعتصاف على العدو والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالالية أو باللحم) واللحم بالالية متفاضلا لانها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والنافع اختلافها فاحشا) وأما شحم الجانب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز تسيئة لان الوزن يجمعهما وأما الرأس والاكارع والجلود فيجوز بيدايد كبقية ما كان لانسبة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدايد ساقيل وهو ظاهر مذهب علمائنا

معناه ان اختلاف جنس الاصول دليل اختلاف جنس الفروع ألا ترى انه لا اتحاد في المقصود فان مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض وقد يضره البعض وينفعه البعض حتى ان ما يكون أصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالبحر مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذ لم يتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبل لا يجوز بيعه متفاضلا وفي مسائلنا لم يتبدل بالصنعة فتكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصف الغنم جنسان فان قيل يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما قد اختلفت فان الجبال الصلبة والمسوح انما يتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن والبود واللحافة انما يتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصار بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين وحصل من هذا ان ما يوجب

يكون حل كونه مانقين أو حال كون أحدهما نافعا والآخر نسيئة فان كان الاول جازلا نه صار عددا أو موزونا فخرج عن كونه مكبلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني اذا غلب جانب المقصود على جانب الاصل حتى غدا المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين فينبغي ان يعد المختلفان فيه متعدين في الجنس اذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز يبيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا واذا كان مراد القائل ما سهت فلا يدفع ذلك بما ذكره الشارح في خبر والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلان الصور وما يحصل منه الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعلمه بالصورة ولها والظاهر ان المراد بالصورة الاشكال

لأن الحيز صار عددياً وموزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والخططة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا قد بينا أن كانت الخططة نسبية جازاً أيضاً وان كان الحيز نسبية يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم في الحيز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالحيز والجواز والتنور

الثلاثة (لأن الحيز صار) أما (عددياً) في عرف (أوموزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والخططة مكيلة) بفرض كون الجنسية جمعتهما مختلف القدر بخلاف التفاضل والدقيق أما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينهما وبين الحيز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للذكر في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد شيهته المجانبه إذ في الحيز أجزاء الدقيق أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدرى ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا إذا كانا قد بينا) فإما بهما نسبية (فإن كانت الخططة نسبية) أو الدقيق بأن أسلم الحيز بهما فادفعه نقداً (جازاً أيضاً وان كان الحيز) نسبية بأن أسلم خططة أو دقيقاً في خبز لم يجوز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حسده فإنه يتفاوت في الصنعة بخلاف خبزاً وكذا عند محمد لأنه عددي عنده و يكون منسباً للثقل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض مقبوزاً ما هو دون ما سمي صنعة وإذا كان كذلك فلا احتياط في منعه لأنه قل أن يقع الاختصاص النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغباً فقل أن لا يصير مستبدلاً (ولا خير في استقراض الحيز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالحيز والجواز والتنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً

اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة أحدها اختلاف الأصول كالبان البقر والغنم وكذا الخومها والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الأصل كالواري والزندنجي والحيز مع الدقيق وذ كرفي المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربي بالنفسج مع غير المربي يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربي برطلين من غير المطبوخ وغير المربي لأن تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذ كرفي الذخيرة لو باع بقعته من حديد أو صغراً أو نحاس بقعته من جنسها يجوز يدايدلان الناس تركوا وزنهم مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على الوزن ونحو وجهها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم أن للصنعة تأثيراً في تغير الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الأصل والصنعة كسعر المعز وصف الضان (قوله لأن الحيز صار عددياً) أي عند محمد رحمه الله أو موزوناً أي عند أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا خير فيه) أي لا يجوز على وجه المبالغة لأنه منكرة في موضع النفي فتعم نفي جميع الخبيرة وكذا السلم في الحيز جائز في الصحيح احتراز به عما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز وفي المبسوط وأما السلم في الحيز فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أهم ما بينا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم بالحم ومنهم من يقول لا يجوز لمسا على به في النواذر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الحيز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم هذه العلة اعتباراً بوجه فتوح الله الاستقراض فيه لأن السلم أو مع ما بينا من العرض حتى يجوز السلم في الشباب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجوز السلم في الحيز بهذا المعنى فلا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف رحمه الله يقول الحيز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزناً يجوز وفي الذخيرة ذ كرفي شيخ الاسلام

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لأنه منكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الحيز وان كان الثاني فلا يخلو ما أن تكون الخططة والدقيق نسبية أو الحيز فان كان الأول جازاً لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبطها صفته ومعرفة مقدارها وان كان الثاني جازاً عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما ما ساند كرفي المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الحيز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالحيز من حيث الطول والعرض والغلط والرقعة والجواز باعتبار حدقه وعدمه والتنور في كونه جديداً فيجيء مخبره جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيئ مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما

والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا
للتفاوت في آساده قال (ولاريا بين المولى وعبيده) لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يفتحق اليا به وهذا اذا كان
ماذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز زلانا ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما يتعلق به حق الغرماء فصار كالا جنبي فيفتحق اليا بما يكما يفتحق بينه وبين مكاتبه قال (ولابن المسلم
والحر في يدار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا

(والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبره بذلك وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقرضها فهو لا يستقرضه أصنع (وهذا محذور جهه الله يجوز بهما) أي عددًا أو وزنًا (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزنًا لا عددًا للتفاوت في أحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران ثغوانه وبينهم يكون اقتراضه غالبًا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الغنوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبد) أي المأذون غير المذون لانه وما في يده ملولاه فلا يتحقق الربا) لعدم تحقق البيع وكذا المذبر وأم الولد (فإن كان له دين لا يجوز) أي البيع بطريق الربا) أما عند أبي حنيفة) فأعدم ملكه لما في يده عبد المأذون المذون فهو أجنبي عنه فيحقق الربا بينهما (وعندهما) أن لم يزل ملكه عما في يده لكن (أعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كأجنبي) عنه (فيحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي البسوط ذكر أنه لا يفتق الربا بينه مما علقا ولكن على المولى أن يردهما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ لوجه البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لا بخلاف المكاتب لانه صار كالخريد وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما) (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد على هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إليها فلا بيع مسلم دخل اليهم مستأذنا درهما بدرهمين حل وكذا إذا باع منهم مئة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحصل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف ومن ذكرنا (لهم) إطلاق النصوص فإنهم لم يقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم

خواهر زادہ رحمہ اللہ لا یجوز السلم فی الخبز عند أبي حنیفۃ ومحمد رحمہما اللہ لا وزنا ولا عدد او علی قول أبي یوسف رحمہ اللہ أنه یجوز وزنا واختار المشایخ للفتوی قول أبي یوسف رحمہ اللہ اذا أتى بشرا طئه لحاجة اناس لیکن یجب أن یحاط وقت القبض حتی یقبض من الجنس الذی سمی حتی لا یصیر استبدالاً بالسلم فیہ وقت القبض (قوله والتأخر) یعنی فی أول التنور وفی آخره (قوله هذا اذا كان ما ذوقناه) ولم یکن علیہ دین لانہ لم یتحقق الیسیم فلا یتصور الربا (قوله لهما الاعتبار بالمسئۃ أمن) أى یتحقق الربا بین المسلم

(۲۳ - فم القدر والكفايه) - سادس)

ابن الحسن ولان مال أهل

الخسرب في دارهم مباح

بالإباحة الأصلية والمسلم

المستامن انما يمنع من أخذه

لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر

فاذا قبل الحرب في ماله برشاه

زال المعنى الذي حذر لاجله

(قوله بخلاف المستامن)

جواب عن قياس وتقرره

أن المستامن منهم في دارنا

لا يحصل لاحد اخذ ماله لانه

صار محظورا بعقد الامان

ولهذا لا يحل تناوله بعد

انقضاء المدة

(باب الحقوق)

قيل كان من حق مسائل

هذا الباب ان تذكر في

الفصل المتصل بأول كتاب

البيع الا أن المصنف التزم

ترتيب الجامع الصغير المرتب

بما هو من مسائله وهناك

هكذا وقع وكذا هنا ولان

المسوق توابع فيليق

ذكرها بعد ذكر مسائل

المتبوع قال (ومن اشترى

متزلا فوق منزل)

قال المصنف ولنا قوله عليه

الصلاة والسلام لا ربا بين

المسلم والحربي في دار الحرب

أقول قال ابن العز قال في

الغنى هذا خبر مجهول لم يرو

في صحيح ولا مسند ولا كتاب

مؤثوق به وهو مع ذلك

مرسل محتمل ويحتمل ان

المراد بقوله لا ربا انتهى عن

الربا كقوله تعالى فلا رف

ولا فسوق ولا جدال في الحج

انتهى وعلى تقدير صحته

لا يصلح مقصد المطلقات

مثل لا تأكل الربا الا لزيادة

بغيره والاحد على الكتاب قيل

المبرأ من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا عارض من الغدر فله تامل

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق

أخذه المسلم أخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

(باب الحقوق)

(ومن اشترى منزلا فوق منزله فليس له الا على الا أن يشتريه

وبينه فكذا الداخل من اهلهم بامان ولا ي حنيقة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لا ربا بين المسلم

والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غير مبني على ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال

ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخين ثنوا على مكحول عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين أهل الحرب وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس

بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسى ومكحول ثقتوا المرسل من مثله مقبول ولان أبا

بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال

هل لك أن نخطأ نخطأ فطرهم فاجاب النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في

الخطر ففعل وغلبت الروم فارسلوا فخذ أبو بكر خطره فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي

بكر ومشرك مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على

المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدر فبأي طريق يأخذه حل) بعد كونه برشا (بخلاف المستامن

منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذ بغير الطريق المشروعة يكون غدرًا وبخلاف الزنا ان

قيس عليه الر بالان البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وبإباحته

وهذا لا يفيد عارضة الحلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم بحجته قال زيادة خبر

الواحد لا تجوز وثابت قيدا ثم على المطلق من نحو لا تأكلوا الر با ونحوه هو الزيادة فلا تجوز ويدفع

بالقطع بان المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق لمالكه ومال الحربى ليس محظورا الا لتوقى الغدر

وهذا التقرر يرفى التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازة النظر المذ كور أعنى كون ماله مباحا

الا لعارض لزوم الغدر الا لانه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم

والر بأعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل

عام في الوجهين وكذا القمار قد يقضى الى أن يكون مال الخطر للكافر بان يكون القلب له فالظاهر أن الإباحة

تقتيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الر با والقمار ما اذا حصلت الزيادة

للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(باب الحقوق)

حل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيارات (قوله ومن اشترى منزلا فوق منزله) حاصل ما هنا أن

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغر ها وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه فنه من يقتصر

على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه بمعنى اذا باع البيت لا يدخل العلوان

قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير ما لم يذ كراسم العلوصر بحالان العلومثله فانه مسقف بيات فيه والنشئ

والمستامن في دارنا فكذا في دارهم والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بمقدار البيع والجواب

ما ذكره في الكتاب

(باب الحقوق)

(قوله ومن اشترى منزلا فوق منزله) المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وخمى مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعباله

والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وخمى غير مسقف فكانت

الدار أعم من أختيها الاشتما لها عليهما فاستبعدت العلوز كالحقوق أولا والبيت اسم لما يبات فيه والعلومثله

بلا تفاوت فلا يدخل الابانة نصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلوفيه تبعابذ كرا التوابع عا

بكل

(باب الحقوق)

ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسرهم ليسين ما يسترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادبر عليه الحدود والبيت اسم لما يبيت فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأق فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتره ويصرح بذلك احدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت) وذكر احدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها) ولم يذكر شيئا من ذلك (دخل فيه العلو والكثيف) وهذا لان الدار لما كان اسماً لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه فدخل فيه والبيت اسم (١٧٩) لما يبيت فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكره

والا لكان الشئ تابعاً له وهو لا يجوز ولا يشك بالمستعير فان له ان يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشئ يتبعه ما هو مثله في التحول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولان لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعبر عنك لم يتناول عاربة المستعير أصلاً لا متعللاً وأما ملك الاعارة لانها تملك المنافع ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره وأما ملكه فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التعبير بالمكاتب لما اختص بمكاسبه كان الحق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان

بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكثيف) جميع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلوانه اسم لما ادبر عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فدخل فيه والبيت اسم لما يبيت فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعاً له فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأق فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور واذا لا يكون فيه منزل الدواب فله الدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع واشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى

لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعير ان يعبر بما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكتب عبده فاجب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من اكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لما كان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليل ونهار وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأق فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور واذا ليس له حصن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فله الدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع غير متوقف على التخصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتره بكل قليل وكثير هو فيه أو منه أو بكل حق له أو بمرافقه واشبهه بالبيت لا يدخل بلاذكر زيادة الدار اسم لساحة ادبر عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وحصن غير مسقف وعلو مجمع فيها بين الحصن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالحياض والقباب والعلو من

لشبهه بالدار ولا يدخل بدونه لاشبهه بالبيت (قوله بكل حق هو له) أي للمنزل من الطريق والمسبل أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه نحو الميزاب أو منه كالكتيف ونحوه أي يدخل الاعلى بواحد من هذه اللفاظ الثلاثة (قوله والشئ لا يكون تبعاً له) فان قيل يشك على هذا المستعير فان له ان يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب فلما المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعاً لشئ فمعه ذكر الشئ أن يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعاً لذلك الشئ يدخل تبعاً للمدكور الذي وضع له اللفظ مقصوداً وأما في الاعارة والمكاتب لم يتبع اللفظ ما هو مثله أيضاً ولكن لما عار الرجل فقد ملكه المنافع ولا ية الاعارة للمستعير انما نشأت من تلك المنافع كالمالك الا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك لان المستعير امانة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التعبير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فنع عنه حذر عن وقوع التعبير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو أحق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عس (قوله عند ذكر التوابع) وهو قوله بكل حق أو أمثاله (قوله وقيل في عرفنا العلو يدخل في جميع ذلك) قالوا الجواب

شبهها بكل منهما أخذ حطاً من الجانبين فله الدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع واشبهه بالبيت لا يدخل بدونه (وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى جانه ولا يتخلو عن علو وفيه نظراً لان الحلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل (قوله فسر) أقول أي فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان نعم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أي من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً

ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يتخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول مثر وكابا يعرف
وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف (١٨٠) وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه

بالقارسية خانه ولا يتخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة
الابد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
في الدار يدخل من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
أو مسكننا لم يكن له الطريق الآن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقة أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل
لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه

على الدار المبيعة والطرف
الآن خرو على دار أخرى أو
على الاسطوانات في السكة
ومقفحه في الدار كذا في
الجامع الصغير لقاضيتان
وفي المغرب وقول الفقهاء
ظلة الدار يريدون السدة
التي فوق الباب الابد كرماد
ما ذكرنا وهو قوله بكل حق
هوله عند أي حنيقة لانه
مبني على هواء الطريق
فاخذ حكمه وعندهما ان
كان مقفحه في الدار يدخل
من غير ذلك كرماد كرماد
يعني من العبارات المذكورة
لانه من توابعه فشابه الكنيف
وقوله ان كان مقفحه في الدار

توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخرة على دار أخرى أو على اسطوانات في
السكة ومقفحه في الدار المبيعة فعند أي حنيقة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هوله
أو مرافقه أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها لانه أي الظلة بنا ويل الساباط (مبني على هواء الطريق
فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه في الدار يدخل) بلاذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
تبع الدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل السكوة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير
ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد الجهم وله
علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الادار السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا)
فيها (أو مسكننا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشتري (الآن يشتريه بكل حق أو بمرافقة
أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
المراد الطريق الخاص في مائة انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان
له من حق تسهيل الماء والقاء الثلج في مائة انسان خاصة وقال نخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسبل
مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
تعليه بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق
أن كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار ما اشترى شيئا معينة منها فلا يدخل
ملك البائع أو ملك الاجنبي الابد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يرد بها بالعيب وكذلك كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان
كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك الوطهر في الدار المبيعة طريق دار أخرى
أو مسبل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بخلاف الاجارة) متصل بقوله لم

يضعف قول قاضيتان في
تعريف الظلة لانه جعل المقفح
في الدار قال (ومن اشترى
بيتا في دار أو منزلا أو مسكننا
لم يكن له الطريق) الآن
يد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
الثلث (وكذلك الشرب
والمسبل) لانه خارج الحدود
لكنه من التوابع فلم يدخل
فيه نظر الى الاول ودخل
يد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
حق نظرا الى الثاني (بخلاف
الاجارة) فان الطريق
تدخل استجار الدور والمسبل
والشرب في استجار الاراضي
وان لم يذ كرماد كرماد
والمرافق لان الاجارة تنعقد

على هذا التفصيل بناء على عرف أهل السكوة وفي عرفنا يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة
أو الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا أو كبيرا الادار السلطان تسمى سراي (قوله ولا تدخل
الظلة الابد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
والطرف الآخرة على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومقفحه في الدار وكذا في المغرب وقول الفقهاء
ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب (قوله لم يكن له الطريق) يعني الطريق الخاص في مائة انسان
فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان لها من حق تسهيل الماء وأحق القاء الثلج
في مائة انسان فلا يدخل كذا في شرح الطهاري وفي الذخيرة بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حجة أن من سطر طريق منزله وجهه على طريقا آخر وباع المنزل
بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول (قوله بخلاف الاجارة) فان هذه الاشياء تدخل فيها وان

للملك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبعة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق
وبالارض بدون الشرب والمسبل لا ينتفع اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فلا بد من الدخول تحصيله للغائده المطلوبة منه
(قوله الابد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
في الدار يدخل من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
أو مسكننا لم يكن له الطريق الآن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقة أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل
لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
تبع الدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل السكوة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير
ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد الجهم وله
علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الادار السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا)
فيها (أو مسكننا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشتري (الآن يشتريه بكل حق أو بمرافقة
أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
المراد الطريق الخاص في مائة انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان
له من حق تسهيل الماء والقاء الثلج في مائة انسان خاصة وقال نخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسبل
مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
تعليه بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق
أن كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار ما اشترى شيئا معينة منها فلا يدخل
ملك البائع أو ملك الاجنبي الابد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان
لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يرد بها بالعيب وكذلك كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان
كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك الوطهر في الدار المبيعة طريق دار أخرى
أو مسبل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بخلاف الاجارة) متصل بقوله لم

وأما البيع فلهذا العين
للا منفعة ولهذا يجوز بيع
الانتفاع به في الحال كالارض
السبعة والمهر والانتفاع
بالبيع يمكن بدونه لأن
المشتري يشتري الطريق
والشرب والمسيل عادة
ووحده الضمير لكل واحد
أو بتأويل المذكور وقد
يستأجرها لضافه تكون
مقصودة التجارة فيبيع من
غيره فحصلت الفائدة
المطلوبة

(قوله وأما البيع فلهذا العين الخ) أقول مقتضى
كلام المصنف ان كليهما
يعتقد الانتفاع لكن
الانتفاع في الاجارة لا يمكن
بدونه بخلاف البيع
فشرحه لا يهايق ظاهر
المشروح وأيضا ان أراد
بقوله لا المنفعة انه ليس
لتملكها فقط فممنوع ولا
يفسد وان أراد انه ليس
لتملكها أصلا فليس بل هو
لتملك العين والمنفعة أيضا
والانتفاع بالمهر والارض
السبعة يمكن على ما ذكره
يدفع بان براد المنفعة
في الحال فيستأجر فان البيع
من غيره ليس منفعته في الحال
(قوله لا المنفعة) أقول يعني
في الحال (قوله ووحده الضمير
الخ) أقول أي ووحده الضمير
في قوله يشتريه أو في قوله
بدونه ونحن نقول فيه بحث
فان توحيد الضمير لكونه
للا طريق يشهد بذلك قوله
لا يشتري الطريق وحكم
الشرب والمسيل يعلم بالمقابلة
كلا يعني

الايه اذا المشتري لا يشتري الطريق عادة ولا يشتريه فيحصل فحصول الفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع
بالبيع يمكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه وقد يعبر فيه فيبيع من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير
دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينابل اما
كذلك أو يعبر فيها أو يأخذ نفعها لم تعبر فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالأول وان لم ينتفع
به في الحال وكذا الارض السبعة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا الواجب ان يشتري علوا واسفل الطريق
فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم اجبر بالبيع صح لان القضاء
بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه
مقابلته البيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم بشكل القسمة في دار بين
رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسبل مظهر البيت على ظهر الصفة فاقسمها فاصاب الصفة
أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذ كر واطرية ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع أن يغتصب به فيما
أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسبل مائه في ذلك فالقسمة فاسدة فلي قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي أن
يدخل الطريق والمسبل وان لم يذ كر الحقوق فخر بالجواز القسمة كما أدخلتموها فخر بالجواز الاجارة أجيب
بان الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما
يستوجب الاجارة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال الشرب بغير توفير المنفعة عليهم هذا بالاجرة وهذا
بالانتفاع أما هنا فموضع الطريق والمسبل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب
القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لأحدهما حقه في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز
الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو
يجب يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسبيل مائه فيم يلزم ذلك الطريق والمسبل وفي القسمة اذا ذكر
الحقوق وأمكنه الطريق والتسبيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويديل فيما أصابه فطوب بالفرق
والفرق أن البيع ایجاد الملك من العدم المقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم مطلقا والمقصود
بالقسمة تمييز الملك الثابت لهم حال الكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد الا لم يرد ذلك
الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسبل فلا يدخلان الا بوضاهم
ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق

لم يذ كر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسبل والشرب فيدخل ضرورة
تصحيح العقد فاما البيع فانه موضوع لملك العين لا الانتفاع بشئ معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به
في الحال كالمهر الصغير والخش والارض السبعة ولا يجوز اجارته في الفوائد فرق بين الاجارة وبين القسمة
فان المدا اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسبل مظهر البيت على ظهر
الصفة فاقسمها فاصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذ كر واطرية ولا مسيلا ماء وصاحب
البيت لا يستطيع أن يغتصب به فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسبل مائه في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل
الطريق والمسبل بدون ذلك الحقوق والمرافق فخر بالجواز القسمة كافي الاجارة والفرق أن في الاجارة
موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب الاجارة
اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال الشرب بغير توفير المنفعة عليهم فاما هنا فموضع الطريق والمسبل داخل
في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لأحدهما حقه في نصيب
الآخر تضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا ثم فرق بين البيع والقسمة حيث
يدخل الطريق والمسبل في البيع اذا ذكر الحقوق وان أمكنه أن يغتصب الباب فيما ابتاع ويسبل مائه فيه وفي

ذكر هذا الباب بعقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده) فاستحقها رجل بيئته فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البيئته حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي ملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة فاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من خبر به والثابت بالضرورة يتقدر به والضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (١٨٢) من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا

(باب الاستحقاق)

(باب الاستحقاق)

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيئته فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لم يتبعها وولدها) ووجه الفرق ان البيئته حجة مطلقة فانها كاسمها مينة فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون

(باب الاستحقاق)

حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهر اولكن لما يناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (بيئته) استحق ولدها معها وأرسلها كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (لهما) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البيئته حجة مطلقة) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقصورة على المقضى عليه (فانها كاسمها مينة) لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يثبتون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضى وانما تظهر البيئته ما كان ثابتا قبله قبله لا تنقضي عنده عند معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبيئته فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأول اذ ثبت في الاخبار انهم باحرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي ينسحب عليه اظهر البيئته الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة فاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بمقتضى فلا يعمد اليه وهذا الترجيح يقتضى أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذلك كالتامشاني أنه انما لم يكن للمقر له اذ لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه لو اذ قلنا ان الولد للمستحق بالبيئته فمقتضى القاضى

يكون الولد له يعني اذ لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه كذا في النهاية نقل عن التمر ناسي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبيئته هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقبل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستقدا فلا بد من الحكم به قبل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

(باب الاستحقاق)

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الرواية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة

(باب الاستحقاق)

(قوله ان البيئته حجة مطلقة) حتى تظهر في حق كافة الناس لان البيئته تصير حجة بالقضاء والقاضى ولاية عامة فيتعدي الى الكل وأما الاقرار فحجة فاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبيئته ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لا بد له من زمان ومن سبب وفي الأزمان والاسباب تراحم والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا تراحم زمان آخر فكان

المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للآمر تاشي ظاهر الرواية أنه لا ينسخ وقال ابن الهمام وفي وقيل الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقض في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المقتضى في ان البيع متى ينسخ أقوال قبله لا يفسخ اذ قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا ينسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي ملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لا بد له) أقول أي لصدقه (قوله من يخبر به) أقول يعني بحق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

له أما الاقرار بجهة فاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون
الولد ثم قبل يدخل الوالد في القضاء بالام تبعا وقبل بشرط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا
لم يعلم بالزوائد قال بمحدره لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم
بالام تبعا

بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو ايضا مقضيه قيل نعم تبعا كما أن ثبوت استحقاقه تبعا (وقيل) لا بل
(يشترط القضاء بالولد ايضا) لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح
من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محدره ما قد عدا قال اذا قضى القاضي
بالاصل ولم يعلم الزوائد تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل بحيث
لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد
بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انعساخ العقد الذي بينه
وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجعالة فاعترضه شارح بان غاية ما في الباب
أن يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ
العقد واثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا يعني الموقوف المنسوخ لا تلحقه الاجازة واستوضحه بما في
الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يوم بالتسليم الى البائع لانه وان
جعل مقرا بالملك للبائع امكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا حرم لو
اشترى عبدا قد اقرصا أنه ملك البائع ثم استحق من يده المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما
يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يطل ونقوله من يده المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما
صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس
بلازم لم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبت استحقاق
يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل أحدهما الما العين أو البديل بان يجيز ذلك البيع
ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملازم لعدم الرضا بالبيع بل المحقق أنه ملازم لعدم الرضا
بذاته وبذهاب بدل عينه وأما ما استرضيه من الفتاوى الصغرى فليس مفسدا لانه لان المذكور فيها استحق
من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يده المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات
للاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا
بالبيع والام لا يأخذوا جازة فاین هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه في يده سجدته هو
الفتاح الجواد لانه غير ولا مرجع الاخير موافق للخبر مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق
المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى

نعيّن ذلك الزمان أولى والنتائج ايضا سبب لا راجع سبب آخر فكان تعيينه سببا أولى ولهذا قلنا لو ادعى ملكا
مطلقا ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل الاول ادعى ما هو انقص وفي
الفصل الثاني ادعى ما هو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب أن لا يترج بينه النتائج على
بينه الملك المطلق لان ثبوت الملك من الاصل في النتائج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض
الثابت قطعا ولا يقال بان ما ذكرتم من تعلو الأزمان والسبب موجود في الاقرار ولا يقضي بالملك فيه
من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تملك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهر يده وأنه ملك انشاء سبب الملك
لغيره فمن حيث انه اخبار ان كان يوجب ثبوته في الولد كافي البينة فمن حيث انه تملك لا يوجب استحقاق
الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشك فما الشهادة فاجابوا من كل وجه والشاهد ان لا يملك كان التملك
من المشهوده فاعتبر اخبارا من كل وجه فثبت الاستحقاق من الاصل (قوله يثبت الملك في المخبر به) وهو

قال (ومن اشترى عبدا فاذا

هو حرا) رجل قال لاخر
اشترى فاني عبدا فاشتره
فاذ هو حرا فلا يخلو اما ان
يكون البائع حاضرا او غائبا
غيبه معروفة واما ان يكون
غائبا غيبه منقطعة لا يدور
(أبى هو) فان كان الاول
فليس له على العبد شيء وان
كان الثاني رجع المشتري
على العبد والعبد على البائع
وان لم يقل اني عبدا ليس على
العبد شيء في قولهم وان قال
ارثنى فاني عبدا فوجده
حرا لم يرجع المرثن على
العبد بحال أى سواء كان
الراهن حاضرا او غائبا أية
غيبه كانت وعن أبي يوسف
أنه لا يرجع على العبد في
البيع والرهن لان الرجوع
في هذا العقد اما ان يكون
بالمعاوضة أو بالكفالة وليس
شيء منهما مما بوجود وانما
الموجود هو الاخبار كاذبا
فصار كما قال الاجنبى ذلك
أوقال ارثنى فاني عبدا وهى
المسئلة الثانية ولهما ان
المشتري عبدا في شرائه على
أمره بقوله اشترى وقراره
بالعبودية بقوله فاني عبدا
اذا نقول قوله في الحرية
فحين أقر بالعبودية غلب
ظن المشتري بذلك والمعتد
على الشيء بامر الغير
قال المصنف (وعن أبي يوسف
أنه لا يرجع فيهما) أقول
قوله فيهما أى البيع والرهن
ولا يخفى عليك ما في قوله أو
قال ارثنى من جعل الشيء

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حرا) وقد قال العبد للمشتري اشترى فاني عبدا فان كان البائع حاضرا او غائبا
غيبه معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على
البائع وان ارثنى عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف وجه الله أنه
لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما قال الاجنبى
ذلك أو قال العبد ارثنى فاني عبدا وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتددا على أمره

واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال قبل إذا قبض المشتق وقيل بنفس انقضاء والصحيح أنه
لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بانفسخ أو أجاز المشتق بعدما قضى له أو بعدما قبضه قبل أن يرجع
المشتري على بائعه يصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمشتق لا يكون
فحصا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينتقض ما لم يفسخ
العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح انتهى ومعنى هذا أن ينقض ما لم يفسخ
الفسخ لانه ذكر فيها أيضا إذا استحق المشتري فإذا المشتري قبض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له
ذلك لان احتمال إقامة البيئة على النتائج من البائع أو على تلقى الملك من المشتق ثابت الا إذا قضى القاضي
فيسلب المجرز فيفسخ انتهى بمعنى يلزم المجرز عن إثبات ذلك أو المراد أن يفسخ المشتق فانه هو المالك نعم
لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمشتق وأخذ المبيع واستمر غير مجبر أنه
ينفسخ فان سكوته بعد الاندخ من الاجازة قد ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه
بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى انسانا (قاله اشترى فاني عبدا فاذا هو حرا) أى فظهر
أنه حرا بيينة أقامها (فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبه معروفة) أى يدري مكانه (لا يرجع على
العبد بشئ) من الثمن الذى قبضه بائعه للتمكين من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري
أين هو رجع المشتري على العبد) بما دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد على بائعه (بما رجع المشتري
به عليه ان قدر وانما رجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطرب في أدائه
بخلاف من أدى عن آخر ديناً وحقق عليه بغير أمره فليس مضطربا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيد لانه لو
قال أنا عبدا وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترى ولم يقل فاني عبدا لا يرجع عليه بشئ (ولو ارثنى عبدا
مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارثنى فاني عبدا الراهن (لم يرجع عليه) أى على العبد (على كل حال) أى
سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه أو لا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنهم وعن أبي يوسف أنه
لا يرجع فيهما) أى في البيع والرهن (لان الرجوع بالمعاوضة) وهى المبيعة هنا (أو بالكفالة) وليس
واحد منهما ثابتا (بل) الثابت ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما قال الاجنبى (لشخص) (ذلك) وكقول
العبد (ارثنى فاني عبدا وهى المسئلة المذكورة ثانيا وله) أن المشتري شرع في الشراء معتددا على أمره

كون الامتلاك كاله ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أى في فصل البيئة وقيل بشرط القضاء بالولد وهو
الأصح لان الولد يوم القضاء أصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رحمه الله فان القاضي اذا
لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً (قوله
ومن اشترى عبدا) أى شخصاً على ظن أنه عبدا وقد قال العبد للمشتري اشترى فاني عبدا غائبا غيبه من غير
القيد لانه لو قال وقت البيع اني عبدا ولم يأمره بالشراء أو قال اشترى ولم يقل اني عبدا لا يرجع عليه بالثمن
في قولهم جميعاً (قوله على كل حال) أى سواء كان الراهن حاضرا او غائبا (قوله لان الرجوع بالمعاوضة
أو بالكفالة) أى الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة أو بالكفالة لما أن أنواع الرجوع على الغير
بالضمان كثيرة وكذا شمس الأئمة رحمه الله في الجامع الصغير قول محمد رحمه الله مع قول أبي يوسف
رحمه الله

واقتراره مغرور ومن جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور ويقتضى الامكان كفى المولى اذا اقال لاهل السوق هذا عبيدى وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم طهرانه خوفا منهم يرجعون على المولى بدلوهم بمقدرة قيمته بحكم العرور وهذا عرور ووقع في عقد المعاوضة والعبد يظهر حريته اهل للضمان (١٨٥) فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه

على المبتاع دفعا للضرر ولا

تعذر الاقبالا يعرف مكانه

(قوله والبيع عقد معاوضة)

انما صرح به مع كونه معلوما

من قوله ان المشتري شرع

في الشراء تمهيدا للجواب

عن الرهن وانهما يباينان

اختصاصا وموجبة الغرور

للضمان بالمعاوضات ولهذا

قالوا ان الرجل اذا سأل غيره

عن أمن الطريق فقال

اسالك هذا الطريق فانه آمن

فسلكه فاذا فيه لصوص

سلبوا أمواله لم يضمن الخبير

شيئا لما انه غرور فبئس ليس

بمعاوضة وكذلك لو قال كل

هذا الطعام فانه غير مسموم

فاكل فسات فظهر بخلافه

لكونه تغري رافى غير المعاوضة

واذا عرف هذا اظهر الفرق

بين البيع والرهن فانه ليس

بمعاوضة بل هو وثيقة

لاستيفاء عين حقه ولهذا

جاز الرهن ببذل الصرف

والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه

الاستيفاء ولو كان معاوضة

لكان استبدال رأس مال

المسلم أو بالمسلم فيه وهو حرام

واذا لم يكن معاوضة لم يجعل

الامر به ضمنا للسلامة

وبخلاف الاجنبى فانه

لا معسر بقوله فلا يتحقق

الغرور ثم في موضع المسئلة

واقتراره انى عبيدا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر والضرر ولا تعذر الاقبالا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمنا للسلامة كما هو موجب بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمنا للسلامة وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور واظهر مسئلتنا قول المولى بايعوا عبيدى هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمة ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل

واقتراره فكان مغرور ومن جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للضرر بمقدرة الامكان فكان تغريره (ضامنا) لذلك (الثنى له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الاقبالا يعرف مكانه كالمولى اذا قال) لاهل السوق (بايعوا عبيدى فاني قد اذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لذلك ما ذاب عليه دعوا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدال بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمنا لانه ليس تغري رافى عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لا تخرو قدسأله عن أمن هذا الطريق فقال اسالك فانه آمن فسلكه فانه آمن لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكله فسات لا قصاص عليه غير انه استحق عندنا عذبا لا ابطان (وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبا بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لان الدعوى (أى دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتنا والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه بقرعة فاجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى اى كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهم ما في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الغرير حقه تعالى والدعوى ايست شرط طافى حق الله تعالى كفاى عتق الامه حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمان لا يحتاج في القضاء بهم الى الدعوى واذا لم تحج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى

(قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة) فامكن ان يجعل الامر به ضمنا للسلامة على ما هو موجب أى موجب البيع فانه يقتضى سلامته فيجعل العبد بالامر ضامنا لسلامته بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذر الاقبالا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشترع معاوضة بل شرع للمالك الحبس من غير عوض وبصير بعاقبة استيفاء عين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمنا للسلامة (قوله حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه) هذا استدلال بجواز الرهن على أن الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدال ببذل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بملاك الرهن وأنه حرام فلم يكن هذا عرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له اسالك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لم يضمن الخبير بشئ لانه غرور

(٢٤ - (فتح القدير والسكفاه) - سادس) ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبيدا ما أن يدعى الحرية أولا والاوالتناقض والثاني ينتفى به شرط المحرر يتو الجواب متمم اعليه لنفسه فليتأمل فانه يجوز أن يقال تقرير الكلام امافى الرهن فبالاجماع وامافى البيع فلا أن الرجوع المحرر ترك التفصيل للاعتماد على انهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب المحر

أن قول محمد فاذا الغبد حر يحل حرية الأصل والحرية بعين عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخوانها وبما قاله اذ كان حر الأصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرع من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط يكفي عتق الامة والام لا تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله (١٨٦) بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الأصل أيضا عنده لكن يعترف

فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقبل هو شرط لكن التناقض غير مانع لحقاء العلوق وان كان الوضع في الاعناق فالتناقض لا يمنع لاستبعاد المولى به فصار كالتخلفعة تقسيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعناق قبل الكتابة قال (ومن ادعى حق في دار) معناه حقا

الاعناق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد بشرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الأصل (فالحق) حال (العلوق) فإنه يسبي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ولا يعلم العلق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية وفي الاعناق العارض فلان المولى ينفرده ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذره (وصار كالتخلفعة تقسيم البينة على تطلق) الزوج ايها (ثلاثا قبل اختلاعه) تعقب (وكذا المكاتب يقيمها على الاعناق قبل الكتابة) تعقب مع أن اتفاقهم على سؤال الخلع والكتابة اقرا بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب بسبل الخلع ومال الكتابة وكذا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فاقطعه فباعه فباعه ثم جاءه مستحق فقال هذا القميص لي واثبتته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والحباطة كمن غصب ثوبا فاقطعه وخطه ينتقل ملك الغصب منه الثوب الى الضامن فالأصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصباً ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولوذا واشترى اها من شهرين فقام رجل بينة اسمها منذ شهر يقضي بماله ولا يرجع على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة ترجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشاوه ولو اشترى شاة فذبحها وأسلخها فقام البينة رجس آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له فقضى بهارجع المشتري على البائع لان هذا الاستحقاق عين الشاة (قوله حق في دار) أي مجهول ولا فصل الحة الذي في

التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبنيا على الخفاء فالتناقض فيه معفو كإذ كرر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبيئته على الخفاء اذا المولى يستند به في ما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالتخلفعة تقسيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تعقب منها لان الزوج ينفرده بالطلاق فرج ما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بيئته انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة بيئتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعناق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما دعيه قال (ومن ادعى حق في دار) من ادعى (قوله لتضمنه تحريم فرج الام) أقول أنت خبير بان التضمن

فيها ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فانه لا يمالى باخباره اذا علم بحال العبد ظاهره فلا يثبت في الغرور (قوله لتضمنه تحريم فرج الام) لان الشهود يفتقرون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم فرجها على من يدعي أمها ملكه وكذا انبائها وحرمة الفرع حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى يشترط الدعوى كافي عتق الامة حتى لو خلعت عن تحريم الفرع كولد المغرور وهو حر الأصل ولا يتضمن حرمة فرج الام اسكون الدعوى فيه بشرطها والتناقض مانعا (قوله لخفاء العلوق) فانه قد يجلب من دار الحر بصغيرا ولا يعلم حرية أبيه وأمّه فيقر بالرق ثم يعلم بحريته حافيه فدعي الحرية والتناقض فيها يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى (قوله كالتخلفعة تقسيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع) وانما قيد بالثلاث لانه فيما دونه الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البيئته أنه تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة بيئتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن (قوله ومن ادعى حق في دار) وهذه المسئلة تدل على أن الصلح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة في الساقط لا

مجهولا

المسكور حاصل بدون التعيين أيذا كفي تحريم فرج اخوان

والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرع (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول اذا ادعى الحرية ولا يثبت شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تكبير الضمير الرجوع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعي وهذا طرد في المصادر المؤتلفة وفي تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذا فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

مجهولاً (فصله الذي في يده على مائة درهم فاستحققت الدار الاذراعاً منهم لم يرجع بشئ) لان المدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها ففصله على مائة درهم فاستحق منها شئ رجس بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسهل لا تنقض الى المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الاذراعاً لم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لم تكنه من أن يقول سادى من الحق الذي ادعيته وألحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان (ادعاها كلها ففصله فاستحق منها شئ رجس بحسابه لان التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على) أمرين أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لان الاجراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسهل لا تنقض الى المنازعة) والاخر أن صحة الدعوى لابد بشرط في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بيئته لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البيئته (فروع) * اشترى شيأ ثم قال هو ملك فلان وصدة أو ادعاه فلان وصدة هو أو أنكر خلفه فنكل ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب خلفه فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبيئته وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بيئته على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقامه على الشراء اقراراً منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعى ذلك وأنهم ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولى ها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعه لا يمنع صحة الدعوى * باع عقاراً ثم برهن أن ما باعه موقوف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتراف ولو برهن أنه وقف يحكم بمزومه يقبل ولو برهنت أمة في يد المشتري الا خبر أنها معلقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان * اشترى شيأ ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعى يدعي ما فسرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بما يحضر ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه ياخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الغمخ تبقى اقامة البائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالغمخ باطلاً وظاهراً عندنا ولو استحققت من يد مشتري فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعها ذلك الثمن في يده يقبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البيئته وأثبت عليه الاستحقاق بالبيئته كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبيئته لا بالاقرار لانه يحتاج الى أن يثبت به المكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقراراً من المدعى عليه من فتاواه المدعى لو أقام بيئته على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضى بالاقرار لا بالبيئته لان البيئته إنما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فاقام بيئته على ما ادعاه فقبل أن يقضى القاضي للمدعى بيئته أقر المدعى عليه بالعين للمدعى يقضى بالبيئته أو بالاقرار واختلاف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبيئته لان المدعى حين أقام البيئته كان المدعى عليه منكر أو استحققت المسددي القضاء بالبيئته فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال الاول أظهر وأقرب الى

تفضي الى النزاع وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار ليست بصحة لجهالة المدعى ولو أقام البيئته عليه لا تقبل بيئته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فيئند تصح الدعوى وتقبل البيئته

حقاً مجهولاً في دار يبد رجل فصله الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراعاً منهم لم يرجع بشئ لان المدعى أن يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها ففصله على مائة فاستحق منها شئ رجس بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلاً عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البدل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسهل لا تنقض الى المنازعة) قالوا ودلت أيضاً على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيئته على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فيئند تصح وتقبل البيئته

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول وسجيء أضاف مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

* (فصل في بيع الفضولي) *

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير ادنى فهو عين بيع الفضولي والفضل بضم الفاء لغير والفضل الزيادة وقد غلب جمع على ما لا خبر فيه وقيل لمن يشتغل بماله بغيره فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطا قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير ذاته فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان انعقاد لا يكون الا بالولاية الشرعية

* (فصل في بيع الفضولي) *

(قوله لان بيع الفضولي صورة الخ) أقول لان الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لان المستحق انما يستحق الخ) أقول كلمة انما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذين

* (فصل في بيع الفضولي) * قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ما لم يصدر عن ولاية شرعية

الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين لأن الشخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع ووصد القاضي الى القضاء باحدى الختين بعينها فيحصل أنه اذا ثبت الحق بالبيعة والاقرار ينبغي في ما جعله الاظهر أن يقضى بالاقرار وان سبقته اقامة البيعة فغير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبيعة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاءهم بالبيعة دفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرد له البهائم ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولولم يترادوا لك القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فإبراء المشتري من ضمان الاستحقاق فائلا أو رجوع بالثمن لن يظهر الاستحقاق فظهر كانه الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الإبراء لا يصح تعليقه بالشروط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه معنى اشتراعى فاذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أضرار رجوع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

* (فصل في بيع الفضولي) * مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن امداءه أو أن بائعك باع ملكي بغير أمرى لخصبه أو فضوله وأحسن الخارج المتمسكة بفضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن باع بالمرءوف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ما لم يصدر عن ولاية شرعية) وصوابه كبيع الابن والطرفي الهواه في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجرى فيه المطالبة بين الطرفين وهو المنافذ والمراد أن يبيعه ثم يشتريه فيفسد به حكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقهورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزواته المتصلة والمتفصلة وسبب ذلك النهي بقيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب منى ساعته ليست عندي

* (فصل في بيع الفضولي) * في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمع على ما لا خبر فيه حتى قيل فضولي بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعالم ولم يصرف الى واحدة في النسبة كفي اعرابي وأنصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ الاصل أن العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حاله العقد وان لم يكن لها مجيز حاله العقد لا تتوقف وتقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد العقد على التعاقد وان لم يجد نقذا عليه يتوقف وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقف عقدي بانه أن الصبي المحجور عليه اذا باع ماله أو اشترى شيئا أو تزوج امرأة أو زوج أمة أو كاتب عبده أو عقد عدا يجوز عليه فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل أن يجيزه الولي فاجازه بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البالغ من غير اجازة بعده ولو أن الصبي طلق امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو بغير مال أو وهب ماله أو صدق أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحابة فاحشة أو اشترى شيئا أكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله أو غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه هذه العدة وكلها باطلة لا تتوقف وان أجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا يجوز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أي لان الولاية الشرعية (قوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) والقدرة اما بالملك أو

ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده أما أنه تصرف تملك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وإنما قال تصرف تملك ولم يهل تملك لأن التملك من غير المالك لا يتصور فإن قيل تصرف التملك شرع لأجل التملك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها فالمراد بالتصرف التملك كان لا غير (١٨٩) فالجواب أن الحكم ثبت بقدر دليله وهذا

التصرف لما كان موقوفاً
لمأذكر أفاد حكمه موقوفاً
كما أن السبب البات أفاد
حكمه باتاً وأن السبب إنما
يكون لغواً إذا انحصر
الحكم فاما إذا انخرط كما
في البيع شرط الخيار
وأما صدوره من الأهل
فلا أن أهلية التصرف
بالعقل والبلوغ وأما المحل
فإن يحصل البيع هو المال
المتقوم وبانعدام المالك
للعاقدة والتقوم لا تنعدم
المالية والتقوم لا تخرى أنه
إذا باع به باذن المالك جاز
والاذن لا يجعل غير المحل محلاً
وأما وجوب القول بانعقاده
فلا أن الحكم عند تحقق
المقتضى لا يمنع المانع
والمانع منتف لأن المانع
هو الضرر ولا ضرر في
ذلك لأحد من المالكين
والعاقدين أما المالك فلا أنه
مخبر بين الإجازة والفسخ وله
فيه منفعة حيث يكفي مؤنة
طلب المشتري وقرار الثمن
وأما الفضولي فلا أن فيه
صون كلامه عن الإلغاء وأما
المشتري فظاهر فثبت
القدرة الشرعية تحصيلاً
لهذه المنافع فإن قيل
القدرة بالمالك أو بالأذن ولم
يوجد

ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده إلا أن الضرر فيه لا يملك مع تخييره بل
فأبى جهامنه ثم أدخل السوق فاشترى بها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي
حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة
من قومه عن عروة البارقي وحدثنا إبراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة
حدثنا الحارث عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أضيعة فاشترى شاتين فباع
أحدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فباع النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة ديناراً كان لو اشترى ثوباً ربح فيه
وروي أنه صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام يشتري به أضيعة فاشترى شاة ثم باعها بدينارين
ثم اشترى شاة بدينارين وجاء بالشاة والد ديناراً إلى النبي صلى الله عليه وسلم فباعه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم
بارك الله لك في صفقة فاما الشاة فصنع بها أو أماً الدينار فتصدق به وقل لك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية أن
أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلماً ولا بضر وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك
مصلحة في الإجازة فيجوز فعله أو عدمه فبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة
والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق
ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري وفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحتهم منها ووصوله إلى
البديل المطلوب له المموجب والمشتري وله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقد هاذا كان مهما
له والعاقدين صون كلامه عن الإلغاء والهدار بل وحصول الثواب له إذ أقوى الخبر لله تعالى من الاعانة على
حصول الرزق لأخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر ركان الأذن في
هذا العقد بابتداء دلالة ذلك عاقل باذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً بالعمومات فوجب اعتباره
وصار كلو صيغة من المديون المستغرق وبأكثر من الثالث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة
المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فإذا ثبت الأذن دلالة لا ينبغي أن ينفذ العقد لا نقول الثابت
دلالة لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفاً على رأي المالك فثبت به هذا القدر فاما نفاذه بل رأيه فيه اضرار
به إذ قد لا يربده بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز زل عدم المحل فان الطير ليس
بمملوك أصل قبله وماليس مملوك لا أحد لا يكون محلاً للبيع ويبس الأبق ينفعه فاسداً وهو عندنا مفيد
للمالك إذا لم يله القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو لم يملك الحق الشرع فإنه أتره كالحنون فيما نحن فيه
وإن كان عاقلاً اذ صح تركه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم
والتعاون وانتظام المصالح فلماذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ بخلاف ماله
اشترى أو زوج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ فإن قيل يجب أن يأنه
لعدم المقصود منه وهو المالك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً بل هو مرجو فلا يلزم عدمه
وإن متعلق العقد مبرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعاقب الطلاق والعناق بالشرط والأفلا
وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يأنه ليسكن لما كان بحيث يرجح صح وانعقد سبباً في
الحال مضافاً أو عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تملك) من إضافة العام إلى الخاص
بالأذن (قوله ولنا أنه تصرف تملك) هذا من قبيل إضافة العام إلى الخاص أي تصرف وهو تملك وأما
خبر التملك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعناق فإن الهبي إذا طلق امرأته أو أعتق عبده على

(قوله لأن التملك من غير المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصي اليتيم مثلاً ليس بمالك لمال اليتيم ولا يملكه بالمبيع بالاتفاق وأيضاً إذا
كان إضافة من قبيل إضافة العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف تملك في معنى تملك إذ معناه حيث تعرف هو تملك (قوله فلا أن أهلية
التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الأولى هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون ليشمل بيسم الصبي العاقل الفضولي

فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيل هذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع

حركة الاعراب والاضافة في مثله ببيانته أي تصرف هو تملك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنالان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف بغير أي من يقدر على الاجازة سواء كان تملك كالبيع والاجازة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأته غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقته وانعتق عبدا وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان الاحسن أن يقول تصرف شرعي وأما القياس على الفضولي بالشرع ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقه بخلاف وهو أنه لو قال بيع هذا الغلان فقال المالك بعت الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولي اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رصا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته

مال أو بغير مال لا يتوقف على اجازة الولي ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله أو اشتري شيئا أو تزوج امرأة أو تزوج أمه فان هذه التصرفات منه تتوقف على اجازة الولي أو اجازة نفسه بعد البلوغ أما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولي بان طلق امرأته انسان أو أعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له بغيره حال وقوعه وقد صدر من أهله في محله أما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية كلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعا بالخطاب وأما بيان المحلية فان البيع تملك مال عمال فالملئ انما يكون محلا لكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المسالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالا أو غيره مالك فان قبيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لالعيته والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالا لكان تصرفه لا ينعقد حكمه قلنا الجواب عن هذا السؤال بطريقتين أحدهما لاننا سلمنا أن الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يملك بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كالأضرار عليه في انعقاد السبب فاما الضرر في زوال ملكه وبالمالك الموقوف لان زوال ملكه الثابت والثاني أن السبب انما ينعقد اذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تنازع الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتنازع كافي البيع بشرط الخيار والعلة لا تبطل بتنازع حكمه المانع فان أصل البيع صحيح من المالك والحكم متنازع على أصل الشافعي وجه الله الى أن يتفرقا لانه تنازع الحيار وكذلك الراهنا اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذلك الطلاق الى شهر سبب لا يقاع صحيح والحكم متنازع وكذلك شهر رمضان سبب وجوب الصوم والوجوب متنازع في حق المسافر والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فانه لا ينعقد وان كان هو أهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والحمل موجود وهو المنكوحه لانا نقول ان الشرع ألحق الصبي بالذي لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظر له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلاة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة لان اللازم ضروري نفسه فالحق شرعا بالبهيمه والطلاق اضرار لانه ابطال ماسرع مصلحة كالهبة فلا يبقى أهلا لكلام من ذلك الوجه كالم يبق أهلا لوجوب حقوق الله تعالى (قوله وغيره وهو حقوق العبد) فانها لا ترجع الى المالك (قوله وفيه نفع المشتري) لانه أقدم عليه طاعا ولو لم يكن فيه نفع لما أقدم عليه (قوله كيف وان الاذن ثابت دلالة)

أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قبيل سلنا وجود المقتضى لكن المانع ليس يتصرف في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام لا تتبع ماله ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الأبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجوب الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تتبع ماله عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له

(قوله فالجواب أن قوله لا تتبع ماله عن البيع الخ) أقول وانما يجب لان النهي يقتضي المشروعية كما سبق لانه يجر الى فساد البيع فليتامل

بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روي الكرخي في أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عرقدة قال أخبرنا الحسن بن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً لبشترى أخصية فاشترى ثنتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكانوا يشترى ثراباً ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشترى له أخصية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته أولاً أوجب بان فيه تفضيلاً وهو ان الفضولي ان قال ببيع هذا العين فلان فقال المالك بعثت الفضولي اشترى ثلثه أو قال (١٩١) المالك ابتداء بعث هذا العين فلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشترى منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعث أو قال المالك بعث منك هذا العين لاجل فلان فقال اشترى لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجدنا نفاذاً على المشتري حيث أضيف اليه ظاهراً فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وسفاهته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذاً على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتج الى الايقاف على رضا الغير وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة (قوله وله) أي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما أن يبيع العين من دين كالدراهم والدينانير والفلس والسكبي والوزني الموصوف بغير عينه واما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فالمالك الاجازة

قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يدفع قبل الاجازة دفعة للمعقود عن نفسه

أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذاً (قوله وله الاجازة) أي للمالك اذا كان المعقود عليه باقياً وهو المبيع (و) كذا للمتعاقدان وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا تصح اجازة لوارث كما سئذ كرر هذا فيما اذا كان الثمن ديناً أي بما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذ كر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعه وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان المالك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري يلزمه الثمن وبعده الموت لا يلزمه ما لم يكن ثمة مال أهلية والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا يلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لامن وارثه (واذا أجاز المالك صار) المبيع ملكاً للمشتري (والثمن مملوكاً له أمانة في يده) أي في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه (كلو كيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه بمصاير تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن المالك الباطن اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا الترتيب وأما وطئها ولاها بغير اذنه فبطلت الاجازة وتوقف النكاح على اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات الوارث في البضع ليعطل وهذا وجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (والفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو أجاز له لا ينفذ وال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ل يدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كلو كيل فترجع حقوق العقد

أي في حق الانعقاد لان النفع فيه (قوله بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث أن كل واحدة منهما يثبت الحكم أرم من حيث أن كل واحدة منهما رافعة للمانع فان قيل لان سلم أن الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ألا ترى أن الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره ثم أجاز المالك يبيع الفضولي لا ينفذ يبيع المشتري من الفضولي قلنا الملك الموقوف اذا طرأ عليه الملك الباطن أبطل الموقوف وهناك ملك المشتري من الفضولي يكون بائناً باجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي (قوله وللفضولي أن يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولي في النكاح) أي للفضولي في البيع الفسخ قبل الاجازة دفعة للمعقود عن نفسه وليس للفضولي في النكاح ذلك بر يده أنه ليس له الفسخ بالقول وله أن يفسخ بالفعل بان

اذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعه جاز البيع لما ذكرنا الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كلو كلة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوكاً للمالك أمانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ما ذكرناه من الامور الاربعه وقيام ذلك العرض أيضاً والاجازة اللاحقة اجازة نقد

(قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر في مسئلة يبيع الا سبق اذا عاقد من الباقي حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية ويحتاج الى عقد جديد أنه وقع باطلاً فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانه عدم المحل فاسقط رده هنا بخلاف ذلك الآن يكون هذا مبنيًا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

بان ينقذ البائع ما باع ثمنه
للمالك بالقد لا اجازة
عقد لان العقد لازم على
الفضولي والعرض الثمن
مملوك له وعليه مثل المبيع
ان كان مثليا او قيمته ان كان
قيما لان الثمن اذا كان
عرضا صار البائع من وجه
مشتريا والشراء اذا وجد نفذ
على العاقد لا يتوقف على
الاجازة وكان للمالك الفسخ
فكذا لكل من الفضولي
والمشتري لان حقوق العقد
ترجع الى الفضولي فله ان
يترجع عن التزام العهدة
بمخلاف الفضولي في النكاح
فان فسخ قبل الاجازة باطل
لان الحقوق لا ترجع اليه
وهو فيه معبر فاذا عرفت قد
انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي
ولو فسخت المرأة نكاحها
قبل الاجازة انفسخ ولو
هالك المسالك لا ينفذ باجارة
الوارث في الفصلين أي فيما
اذا كان الثمن دينيا وعرضا
لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا يجوز الاجازة غيره
واستشكل بما اذا تزوجت
أمة لرجل قد وطئها مولاها
بغير اذنه فبات المولى قبل
الاجازة ورثها ابنته فان
النكاح توقف على اجازة
الابن فان اجاز صح والا فلا
فهذه فضولية وتوقف عملها
على اجازة الوارث احيب
بان عدم التوقف لطريان
الحمل البات على الحمل
الموقوف لانه يبطله وهذا لم
يظراً للوارث حل بات

بمخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر بمحض هذا اذا كان الثمن دينيا فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة
اذا كان العرض مائيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقدا لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه
مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شرائه من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هالك
المسالك لا ينفذ باجارة الوارث

اليه فيطالب بالتسليم ويخاضع في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بمخلاف
الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر بمحض) أي كذا قل عبارة فبالاجازة تنقل
العبارة الى المسالك فتصير الحقوق منوطه بالاجازة فلا يلزمه بالاجازة ضرر وتعاق الحقوق وقد ثبت للمالك
والولي حق أن يحيز وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يحيز زوجته أختها توقف العقد
الثاني أيضا بمخلاف ماله وكه بعد عقده فلولاً لأن زوجة امرأه أفر وجه أختها فان العقد الاول يبطل بطوره
البات على الموقوف (هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينيا فان كان عينا) بان باع الفضولي ملكا
غيره عرض معين يبيع مقايضة شرط قيام الاربعة الماذ كور وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز
مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا
وجد نفذا فينفذ على الفضولي فيصير مائيا للعرض والذي تفيد به الاجازة انه اجاز للفضولي أن ينفذ ثمن
ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كانه قال اشتري هذا العرض لنفسك وانقدت من مالى هذا اقراضا عليك فان
كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا ككوب أو جارية فقيمة فيه يصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض
وان لم يحيز في القيمات اكن ذلك اذا كان قصدا وهما انما ثبت ضمنهما مقتضى لصحة لشراء فراعى فيه شرائها
صحة المقتضى وهو الشراء لغيره كالقبيل بالمسلم فيه اذا اده من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمة ان
كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جمل تباعه فكذا هنا اذا لا صحة لشراء العبد الا بقرض
الجارية والشراء مشرووع فبقي ضمنه يكون مشروعا وهذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذ لم يصفه الى
آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي
الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوى ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما
اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له أولم يجزأ ما اذا اضافه الى آخر بان قال البائع ببيع عبدك من فلان بكذا
فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هالك المسالك لا ينفذ باجارة الوارث)

زوج رجلا امرأة برضاها فقبل اجازة الزوج وجه أختها كان نقضا للنكاح الاول (قوله لانه معبر بمحض)
حيث لا ترجع الحقوق اليه فاذا عرفت قد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي (قوله ثم الاجازة اجازة نقد) أي
اجازة أن ينقذ الثمن من ماله (قوله لانه شرائه من وجه) والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له أي اذا
وجد نفذا وأما لو لم يجد نفذا على العاقد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور
اذا اشترى بالغيرهما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه وأما اذا اضاف العقد الى الذي
اشتراه له نحو أن يقول للبايع ببيع عبدك من فلان بكذا فقال لا اشترى بعت وقبل المشتري هذا البيع لاجل فلان
أو يقول البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل لا اشترى لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل وأما
اذا قال المشتري اشترى منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان
وقال المشتري اشترى بعت نفذ الشراء على نفسه ولا يتوقف وتحققه أن الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي
بائعا مال الغير به مشتريا للعرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه
بالتزامه بمخلاف المبيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فلتنزل بالتوقف لولا
يتضرر الغير به فاذا اجاز المسالك المبيع بالعرض كان مجبرا لنقد ماله من عوضا عما اشترى وصار الفضولي
مستقرضا عن المسالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقرضه يصح في ضمان الشراء وان كان لا يصح

لنكون موطوءة الابن فوقف دفع الضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الابن لكان نكاحها في

(ولو أجاز المالك في حياته
ولم يعلم حال المبيع) من
حيث الوجود والعدم (جاز
المبيع في قول أبي يوسف
أولا وهو قول محمد بن
الاصم بقوله ثم رجع أبو
يوسف وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الإجازة لأن
الشك وقع في شرط الإجازة
وهو قيام المبيع فلا يثبت مع
الشك فإن قيل الشك هو
ما استوى طرفاه وهما
طرف البقاع راجع إذا أصل
البقاء ما لم يتيقن بالزيل
وهما لم يتيقن أحجب بان
الاستصحاب حجة دافعة لا مبينة
ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت
المالك في المعقود عليه لمن وقع
له الشراء فلا يصلح فيه حجة
قال (ومن غصب عبد أباعه
وأعتقه المشتري) قيل جرت
هذه المحاورة في هذه المسئلة
بين أبي يوسف ومحمد بنهما
أنه حين عرض عليه هذا
الكتاب قال أبو يوسف ما
رويت لك عن أبي حنيفة أن
العتق جائز وانما رويت أن
العتق باطل وقال محمد بن
رويت أن العتق جائز
وصورهم ما ذكره في الكتاب
(ومن غصب عبد أباعه
وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى
المبيع والعتق جاز استخسانا
وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف

قال المصنف (وهو قول محمد
لأن الأصل بقاؤه) أقول إذ
الظاهر بقاء ما وجد

في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال
المبيع جاز المبيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف
رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن
غصب عبد أباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى المبيع فالعتق جائز) استخسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب
الكبير جازت بإجازة ورثته بعدموته استخسانا لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم إعادة وقول محمد القسمة متبادلة
كالبيع فلا يجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستخسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا
ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار برئ الآخر
من الضمان لتضمن التضمنين فليكما إذا ملكه من أحدهما لا يتصور عليك من الآخر فإن اختار تضمين
المشتري بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ الدين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن
وان اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم
عقد وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن
عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على أنه سلبه أولا حتى صار مضمونا
عليه ثم باعه فصار كالمغصوب وهذا إذا باعه بضمن دين فإن كان بعين مما يتعين بالتعيين فذلك في يد البائع بطل
البيع فلا تلحقه إجازة ورد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قبضته أن كان قيميا
لأنه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز المبيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول
محمد رحمه الله) (لأن الأصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك
وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك (قوله) (ومن غصب عبد أباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد
المبيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكتهم أئمتنا وخلافه مع زفر بن بطان
العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف
ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بن رويت لي أن العتق جائز
وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريح ما هو أقل ما هنا أن يكون في
المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الخليل قال أبو سليمان هذرواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا
من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه ومسيحي إن شاء الله تعالى قالوا قول محمد قياس وقول أبي حنيفة استخسان

قصد الآية يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشرطه والشراء مشروط فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع
عليه المالك بثمنه إن كان مثليا وبقيته إن لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء أحق من البيع لأنه يوافق
الأصل لنفاذ تصرف العاقدة عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل (قوله
في الفصلين) أي فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً (قوله) فلا يجوز بإجازة غيره) فإن قيل يشكل
بالأمانة وجبت بغير إذن مولاها ثم مات المولى فله ينفذ بإجازة الوارث إذ لم يحمل له وطئها قلنا الأمانة تصرف
بأهل بيته لا بمن باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الأمانة والنكاح من خواصها وانما يوقف على
إجازة المالك كي لا يتضرر المالك والوارث مالك كل مورث ولم يثبت له مالك بأن يبطل المالك الموقوف (قوله)
لأن الشك وقع في شرط الإجازة وهو بقاء المبيع) فإن قيل الشك هو ما استوى طرفاه وهما طرف البقاء
راجح لأن الأصل في كل موجود بقاؤه ما لم يتيقن بالزيل وهما لم يتيقن بالزيل فكان باقيا عملا بالأصل قلنا
ذلك عمل باستصحاب الجمال وهو يصلح للحجة لدفع اللابثبات وهذا يحتاج إلى نفاذ البيع وثبوت المالك في المعقود
عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظيرا لاستحقاق الشفعة بظهور المالك للشفع

وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم و) لملك ههنا لان (الموقوف لا يفتد الملك) في الحال وما ثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجهه دون وجهه وذلك غير صحيح للاعتاق (اذا المصحح له هو الملك الكامل) المسدول عليه باطلاق ما روينا ولا يشك في المكتاب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه. كما لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع ثلث ذلك وهو (١٩١) قوله (ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع الى قوله لانه لا عتق

وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفتد الملك ولو ثبت في الآخرة ثبت مستندا وهو ثابت من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا. ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجزى البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه أسرع نفاذا حتى نغذي من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان وله ضمان الملك ثبت موقفاً بتصرف مطلق موضوع لا فائدة للملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق من تبعه عليه وينفذ بنفاذه

وجه قول محمد (أنه لا عتق بلام ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفتد الملك وقت العتق) ولو ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط ملك الكامل (لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) شرط (الخيار للبائع ثم يجزى البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نغذي من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا أجبر لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمراً أو رجل يدها فطلعت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلعت نفسها الآن طلعت حينئذ والا (ولهذا أن الملك ثبت موقفاً بتصرف مطلق موضوع لا فائدة للملك ولا ضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقفاً من تبعه عليه ثم ينفذ بنفاذه)

عما في يده عند انكح المشتري ملكه حيث لا يكتفي به (قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل) لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكتفي لجهة الاعتاق ألا ترى أنه لو أعتق المكتاتب يصح والمالك في المكتاتب ناقص بدليل حرمته وماء المكتابة بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكتاتب على العكس قلنا نعم كذلك الآن المكتابة تنفسخ في ضمن الاعتاق لما أن عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وأنه لما رضى بالاعتاق بالبدل كان رضى للاعتاق بدون البدل (قوله ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) يعني أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان فاولى أن لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه (قوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه) أي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا أعتق مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى أن الغاصب اذا أدى الضمان ينفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمالك والمأذون على مكان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان فينبغي أن لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة أيضا (قوله بتصرف مطلق)

بدون الملك وقوله (ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجزى البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفتد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا أعتق بغيري أن يكون كذلك مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن ينفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذ لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) وله ضمان الملك) فيه ثبت موقفاً) والاعتاق يجوز أن يثبت موقفاً على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما انه ثبت فلو جود المقتضى وهو التصرف والمعلق الموضوع لا فائدة للملك ولا تنفاه المانع وهو الضرر وأما انه موقوف فلما تقدم وأما ان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على

اعتاق المشتري من الرهن بجماع كونه اعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة فصار

(قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ (قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندي معنى قوله ولهذا أي وليكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل المسند قال المصنف (ولهذا ان الملك ثبت موقفاً الخ) أقول لعلمهما يقولان في الجواب عن تعاقبه بالحديث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكاً تاماً وان عم العتق للنافذ وغيره بعم الملك أيضاً بلا تفرق فليتم

بالديون فانه يصح وينفذ اذ قضى الديون بعد ذلك بجماع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به وأحترز بقوله المطابق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لا فائدة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لا فائدة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لا فائدة الملك قال في النهاية وهذا التعليق لا يتم مادام فانه يرد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لا فائدة الملك وجب (١٩٥) أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المسالك كما

لا ينفذ عتقه عند اجازة المسالك لما كان كالا من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والمالك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليق فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستدبه حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غير موضوع لا فائدة حقيقة الملك لتساوي السكالات على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على ان بالخيار مقرر بالعقد انما هو قرآن الشرط بالعقد يجمع كونه

فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذ قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لا فائدة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار المانع لانه ليس بمطلق وقرآن الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك باتفاضا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

ومعلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح وموضوع لا فائدة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لا فائدة الملك انما يثبت للمالك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا جيز يثبت للمالك في المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك للبائع اذا ورد على الموقوف أبطله وكذلك هو له للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البائع مع الموقوف في محمل واحد على وجه بطرأ فيه البائع والافقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبد من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذ قضى الدين

احتراز عن البيع بشرط الخيار وقوله موضوع لا فائدة الملك احتراز عن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لا فائدة الملك (قوله فصار كاعتاق المشتري من الراهن) والجامع اعتاق في بيع موقوف (قوله لان الغصب غير موضوع لا فائدة الملك) لكونه عدوا وانما يثبت للمالك ضرورة وعقد أداء الضمان كي لا يجتمع في ملك واحد بل لا يمكن ان يكون في الحال نيب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكمه بل هو بعرض أن يصير سببا عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا فكان الملك معدوما لو جرد الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا لم يملأ كاله شترى فيلغو وهذا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر بالمالك بها وغيره وجود في حق الاحكام التي يتضرر بالمالك بها والمشتري من الغاصب اذا أعتق ثم ملك الغصب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وأنه لا يكفي لصحة الاعتاق فكذلك ما ثبت بناء عليه والاصح أنه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتسب البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب (قوله وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع) لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات

سببا قبل وجود الشرط فيعتقده أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك باتفاضا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البائع والموقوف على محل واحد وفيه بحث

(قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان في الاول البائع مالك لربة المبيع والموقوف لحق المرتهن (قوله ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك

من وجهين الاول أن الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرء الملك البات على الموقوف لو كان مبطالا له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمائع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكذا يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل بوجوده من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود أما الملك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فباطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان (١٩٦) في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا يمنع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا

في ان طرء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقرره أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن اعتاق المشتري منه لا يفتد به ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الأصح ولئن سلم فنقول هنالك المشتري عليه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند أن يتمسكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما تستند الملك له الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب الغصب من جهة المالك

وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح (وأما عتق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر في غصب أرضا فباعها فوقها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا للحكم اذا جسد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى أن نجهل سببا في الحال متأخر حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجوز سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزائد أو ما التفويض فمقتضى التعليق لجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ما ثبت التفويض للحال لاستند افلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعاق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصود الا ان شرعيته اضداد ذلك من انتظام المصالح بينهم الا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك البناء على ثبوت المقصود أولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز ان ينفذ مقصود الصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يبعد لزوم الملك للعتق وههنا فاننا لم نوقعه قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محجود وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيبطل كإلوا بعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقفه وبعد المقدمة الغائلة في كلام

وطرء الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهي وهو أنه لا يتصور اجتماعهما أعنى الملك البات والمالك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك البات الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف قلنا أن ثبوت الملك للغاصب ضروري لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قبل الملك البات ليس مانعا للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفا فاولى أن لا يكون رافعا لان المنع أسهل من الرفع قلنا المنع أو الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بما فاذا أجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي (قوله وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه) هذا جواب بطريق المنع لما ذكره رحمه الله بقوله وكذا لا يصح

بيعه أو هبة أو أرت بعد ما بعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فباطله كذا في فتاوى الترمذ في قال باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة السكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه يثبت لدفع نظر اشارة فتنبه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لاسيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما أن العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الاعتاق

العقد قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قدم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق الغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب ليكون الاجازة في الانتهاء كذا في الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي منقرا فيها والسبب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعتراض بما اذا غصب عيدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأه امرئ بك فقطعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فجاز صم النفويض (١٩٧) دون التطبيق وان ثبتت يدا لبيبة

لها من حين النفويض حكما للاجازة وأوجب عن الاول بان الملك في الغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوتها من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يتحمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخر حكمه الى وقت الاجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والنفويض مما يجعله جعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محذ في عدم تجوز الاعتناق في الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري

قال (فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذا حجة على محذ والعذر له أن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجبر البيع فالارش للمشتري

محمد أن المصحح للاعتناق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور ومنع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجود هذه المسئلة المذكورة أن من غصب عيدا فباعه فاما أن يعتقه المشتري من الغاصب ثم يبيع المالك بيع الغاصب واما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب واما أن لا يكون أحدهذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فهي أربعة فروغ تنفر عن على اجازة بيع الغاصب أو لها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد اعتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جنابة فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع حجة الاجازة اذا لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا حلقه الاجازة ظهر رانه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للمالك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان ذلك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغاصب لم يوضع سببا للمالك وانما يثبت الملك مستند الوقت الغصب بطريق الضرورة فلهذا رفي المنصل لا المنفصل ثم

اعتناق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان والمنع هو الاصح وفي المبسوط وأما اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع بضمين الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضا هكذا ذكره هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال سنفذ وقعه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم هناك ملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقة ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفاذ البيع دون العتق حكم ملك المكاتب في كسبه وهذا لم ينفذ اعتناق الغاصب فكذا العتاق من تاقى الملك من جهةه وههنا انما يستند الملك الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مال كله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلهذا نفذ عتقه (قوله فان قطعت يد العبد) أي في يد المشتري من الغاصب وفي المبسوط وكل حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب أو ارش جنابة وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ ما للعقد وثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد وان كان تاما في نفسه ولكن امتنع

شي من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كفي الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر أي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجهه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق فان الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجهه بخلاف الاعتناق يعني لا ينفذ اعتناق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتناق متعلق بقوله ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتناق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محذ لان المصحح للاعتناق هو الملك الكامل لا الملك من وجهه دون وجه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتناق هو الملك الكامل

(قوله وقيل بخلاف الاعتناق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

وهذا أقرب بصديق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه لأن أرض البذل الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا إلى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه فلا (١٩٨) يطيب الربح الحاصل به وفي السكافي أن لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الأرض يكون الزائد

على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجهه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في السكافي على الاعتبار من قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعني أن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يحز البيع الثاني لما ذكرنا أن الأجازة يثبت للبائع ملكا بالملك البان إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولأن فيه غسرا الانفساخ على اعتبار عدم الأجازة في البيع الأول والبيع يفسد قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضا لأنه يجهل أن يحجز المالك بيعهما وأن لا يحجز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوف واجب بان قرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور قيمته عدم

بخلاف الاعتناق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من أرض البذل (على نصف الثمن لأنه) أي ما زاد على نصف الثمن (لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن أرض يد العبد نصف قيمته والحر نصف دية وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الغرض لأنه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجه آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الأرض يثبت يوم القطع مستندا إلى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه وهو شبهة عدم الملك أو رد عليه ولو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالملك لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر بالمنع مع كونه لم يضمن إلا بانقراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إلا بتقدير شياء وزع في السكافي الوجهين فقال إن لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجهه ولو كان المشتري من الغاصب أعققت العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرض للعبد قال المصنف (وهذه) أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (بجدة على محمد) يعني كون الأرض للمشتري بجهة على محمد في عدم تجوز اعتناق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه اعتناق في ملك موقوف وهذا استحقاق أرض مملوك بملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الأرض كالكتاب إذا قطعت يده فأنخذ أرضها ثم) محذور (رد في الرق) فإن (الأرض للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجهه من كل وجه (وكذا) إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز (البائع) (البيع) يكون (الأرض للمشتري بخلاف الاعتناق على ما مر) حيث لا يكفي فيه إلا الملك من كل وجه والثالث من الغرض عما ذكره بقوله ثبوت الملك له لما منع وهو حق الغصوب منه فإذا ارتفع ذلك بالأجازة يثبت الملك له من وقت السبب لأن الأجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء فتبين أن الزوائد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضي خا ن رحمه الله وإذا صححت الأجازة كان القطع حاصلا في ملك المشتري فيكون الأرض له ثم قال وهذا بخلاف ما إذا غصب من آخر عسدا فقطعت يده وأدى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الأرض للغاصب وإن ملك المضمون عند أداء الضمان من وقت الغصب لأن الغصب لم يوضع سببا للملك وإنما يثبت الملك في المضمون مستندا لما كان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل أما البيع فبسبب موضوع للمالك فجاز أن يعمل في المتصل والمنفصل (قوله بخلاف الاعتناق) أي لا ينفذ اعتناق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني أن الخيار يمنع المبيع من كونه سببا للملك في الحال فلا يملك المحل أصلا إذا ملك انما يثبت بالسبب أما مصفة التوقف يجعل العقد كالخلاف إلى ما بعد الأجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا في الحال (قوله) ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أي أن كان القطع قبل القبض لأن المبيع إذا لم يكن مقبوضا المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح مالم يضمن (قوله) أو فيه شبهة عدم الملك) أي إذا كان القطع بعد القبض لأن الملك غير موجود حقيقة وقت

قال

في النظر إلى العري ففسدوا بالنظر إلى النفع وعدم الضرر ويحوزون فقلنا بالحوار الموقوف عملا

بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التزول واجبا وهو أن لا يبيع مالا لا سمي في المنقولات لا حمال الفسخ بعد الانعقاد مالا المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فمما نحن فيه فسامع بما عارضه

إذا المشتري الأول لم يملك حتى

يطلب من شري آخر فجرد

البيع الثاني عرضة لغرر

الانفساخ فلم ينعقد بخلاف

الاعتاق عند أبي حنيفة

وأبي يوسف وجهما لأنه

لا يؤثر فيه الغرر الأتري

ان البيع قبل القبض في

المنقولات لا يصح لغرر

الانفساخ والاعتاق قبل

القبض يصح قال (فان لم يبعه

المشتري فبات في يده أو قتل

أي فان لم يبعه المشتري من

الغاصب فبات في يده أو قتل

ثم أجاز المالك البيع أي بيع

(قوله إذا المشتري الأول لم يملك

حتى يطلب من شري آخر)

أقول فيه تامل (قوله

لغرر الانفساخ فلم ينعقد)

أقول منظور فيه فان

الشرع صرحوا في كتاب

الأكراه ان الغصب منه

إذا أجاز يبع من البيوع

لوتماضت المعصوب العقود

نفذ ما أجازة خاصة ولو

لم ينعقد لما نفذ قال

المصنف (فان لم يبعه

المشتري فبات في يده) أقول

قال الاتقاني لم يذكر محمد

هذه المسئلة في الجامع الصغير

ولكن ذكره في شرحه

وصاحب الهداية أيضا

ذكره تفرعاً عن أبي حنيفة فلا

يكون قوله قال محمد في يده

لماذا كره الاتقاني نفسه

في أول باب الوطء الذي

يوجب الحدان كل موضع

يذكر فيه لفظة قال في يده

محمد أو القدرى

قال (فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني) لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال (فان لم يبعه المشتري فبات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البديل للمشتري بالقتل حتى يعبأ ببقاء البديل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبديل فحقق القوان بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البديل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

(فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا تاما الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الأول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما (أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فانه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بديل ان المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا وغير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفات لتهمة الاجازة أوجب بان هناك معارض للغرر الانفساخ مرجح عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب من شري آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فيفسخ فالمعتبر مانعاً غرر الانفساخ الذي لم يشبهه نفع وقر العتاني بغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث يفسد بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا يفسد بالاجازة بان العتق منسب للمالك فهو مقرر للمالك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازاله بلا انهماء فكان ضداً لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا أعتق ثم أطلع على عيب رجوع بالنقصان ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشتري) ولكن (فات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا في الموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر ايجاب البديل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بده فصح الاجازة كفي البيع الصحيح

القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه (قوله لما ذكرنا) يعني أن الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف كذا لو اشتراه الغاصب واتبعه يبطل بيعه بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه لان اداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئاً ولان فيه غرر الانفساخ اذ نفذ هذا البيع معلق بنفاذ الأول ونفاذ الأول معلق باجازة المالك وهو مما يجبر العقد الأول وربحاً لا يجبر فان أجاز نفذ العقد الثاني والا لا ينفذ فعلق نفاذه بما فيه خطر فبشع الجواز بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض وبيعه لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين أنه مال الغير على أنه روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فان قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لانه يحتمل أن يجبر المالك بيعهما ويحتمل أن لا يجبر ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوفاً قلنا صح بيع الفضولي موقوفاً لما ذكرنا أن فيه نفعاً للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري الى آخره فربحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفاً ومثل هذا النفع لا يؤثر في البيع الثاني لانه لم يحل المشتري الأول حتى يطلب من شري آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ (قوله بخلاف البيع الصحيح) فانه اذا باع عبداً صح ما تم قتل في يد البائع لا يفسخ

الغاصب لم يجز بالتغافل لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فوات بالموت والقتل لا امتناع بإيجاب البذل للمشتري بالقتل فلا
يعاد باقية البذل لانه لا ملك للمشتري عند القتل لما يكايق بالبدل لان ملكه ملكه موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلاً بالبدل بخلاف
البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل (٢٠٠) القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت بات فامكن بإيجاب البذل فيكون المبيع

قال (ومن باع عبداً بغير أمره وأقام المشتري البيعة على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالمبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بيئته) للتناقض في الدعوى اذا اقدام على الشراء اقرار منه ببعته والبيعة مبنية على صحة الدعوى (وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يساعده على ذلك فيحقق الاتفاق بينه ما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذكري الزيادة ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البيعة على اقرار البائع انه لا تحقق تقبل وفرقوا ان

اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله بقيامه فيختير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببذل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيه صير الى البائع فدار الفرق بانه لا مال للمشتري من الغاصب حال القتل لما يكايق بالبدل لانه ملكه موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبداً بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورته باع عبداً بغير أمره من رجل فاقام ذلك المشتري بيعة على اقرار البائع انه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البيعة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا اقدام على الشراء دليل دعواه صحته وانه ملك ببيعه ودعواه اقراره بعدم الاسر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البيعة بيني على صحة الدعوى فيتحصل لم تصح لم تقبل ولولم تكن بيعة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمره أو ادعى المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر من اقدم اذ اقدمه على البيع والشراء دليل اعترافه بالبيعة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستغله لان الاستغلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيارات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالعلان والردان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صرح اقراره بالشئ بعد انكاره اياه الآن الاقرار بجهة قاصرة يعني انما ينفي في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذت عليه ما فلهذا شرط طلب المشتري حتى يكون انقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمرد بفسخ القاضي أنه قضى اقراره سماعاً لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفر وعهان صاحب العبد اذا حضر وصدة ما نفذ الفسخ في حقه وتقرير وان كذب ما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرارهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه وبغيرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لاله ويبطل عن المشتري الثمن لا ذكري في قول أبي حنيفة ومحمد وعنده أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا ذكري ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد يملك الاقالة بغير رضا الآخر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكري الزيادة) الى آخره صورة مسئلة التي يادان اشتري جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاهما فسحق كان المشتري خصمه لانه يدعي لنفسه فان أقرها للمدعي أمره بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره به ماله لا يكون حجة على البائع وكذا لو جدد دعواه خلف ففسخ ففسخ عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره فرق بين هذا

العقد لثبوت المالك عند القتل فامكن بإيجاب البذل فيعده المبيع قائماً بقيام خلفه (قوله وان أقر البائع بذلك عند القاضي) انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما ثبت عند القاضي اذا أقر عنده لانه لا يسمع البيعة عليه للتناقض في الدعوى (قوله وذكري الزيادة) ان المشتري اذا صدق مدعيه ذكري محمد رحمه الله في الزيادة ان رجل اشترى جارية بالف درهم ونبضها ونقد الثمن ثم أقام البيعة على اقرار البائع أن الجارية لفلان وفلان

قائماً بقيام خلفه وهو القية أو المشتري بالخيار فان اختار البذل كان البذل للمشتري قال (ومن باع عبداً بغير أمره) رجل باع عبداً بغير أمره باع عبداً بغير أمره فقال المشتري ارد البيع لانك بعته بغير أمر صاحبه وعند البائع ذلك فاقام المشتري البيعة أن رب العبد أو البائع أقر انه لم يأمره البائع ببيعه (لا تقبل بيئته) لانما تبني على صحة الدعوى فان صححت الدعوى صححت البيعة والا فلا وهنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان اقدم المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع بفصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البيعة (وان أقر البائع بذلك) أي بانه باعه بغير أمره (بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر به صح اقراره الآن الاقرار بجهة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده

المشتري على ذلك تحقيق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض وذكري المصنف رحمه الله مسئلة التي يادان نقضاً على مسئلة الجامع الصغير وتصويرهما قبل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدة المشتري في ذلك ثم أقام البيعة على البائع انه أقر بان البيع لهذا المستحق تقبل البيعة وان تناقض في دعواه

العبد

قال (وفرقوا) أي المشايخ بين رايي الجامع الصغير والزبادات (بان العبد في هذه المسئلة) أي في مسئلة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسئلة الزبادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قبل في هذا الفرق نظرا لان وضع المسئلة في الزبادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول (٢٠١) البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى

والاولى أن يقال ان المشتري

أقام البينة على اقرار البائع

قبل البيع في مسئلة الجامع

الصغير فلم تقبل التناقض

وفي مسئلة الزبادات أقام البينة

على الاقرار بعد البيع فلا

يلزم التناقض فقبلت البينة

قال صاحب النهاية ولم

يتضح لي فيه شيء سوى هذا

بعد أن تأملت فيه رهقة من

الدهر وفيه نظر لان التوفيق

في وضع الجامع الصغير يمكن

لجواز أن يكون المشتري

أقدم على الشراء ولم يعلم

باقرار البائع بعدم الامر ثم

ظهر له ذلك بأن قال عدول

سمعه فقبل البيع أقر

بذلك ويشهدون به ومثل

ذلك ليس بمائع كما تقدم

والواضح في الفرق ما ذكره

المصنف على ما قررناه وما

قبل ان التناقض المبطل

للدعوى بان يجب عنه بأن

المشتري غير متناقض من

كل وجه لانه لا يتركز العقد

أصلا ولا ملك الثمن للبائع فان

بيع مال الغير منه قد بدل

المستحق بمالك وانما يتركز

وصف العتق وهو الصحة

واللزوم بعد الاقرار به من

حيث الظاهر فكان متناقضا

العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

وبين الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بشكواه يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن البين مع وجود ما يعلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فلا مضطر انما الحلف بعمله بانمره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يعلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البينة انما المستحق لا رجوع على البائع لا يلتفت اليه لانه مناقض في دعواه لان اقدمه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبه هذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في الماذون وجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت ببينته مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روي ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب ببنته انه كان دبرها واستولدها قبلت ببينته فخرج على الموهوب له بالجارية والعقر وقبضه الولد مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به وفرق أما في مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانهم ما ساقوا في حق التناقض المدعى به بعد اقراره بالرق والفعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته وأما في مسئلة الماذون فبانه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم مسئلة الاستحقاق لو أقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه ثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك وبثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا لتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بما تصديق الخصم ويجوز أن تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فبين في يده عبدا فدعا رجلا فقام صاحب اليد البينة انه اغلن الغائب لا تقبل ببينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزبادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل ببينة المشتري على اقرار البائع انه لم يأمره كمالا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بانه وضع

يدها قبلت ببينته ولا فرق بينهما سوى أن البائع هنا أصيل وهناك وكيل وفرقوا أن العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزبادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة الزبادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه وقال بعض مشايخنا انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير فيما اذا أقام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدمه على الشراء ينفي اقرار البائع قبل البيع أنه للمستحق فصار متناقضا والتناقض لا تصح دعواه ولا تصح ببينته

(٢٦) - (فتح التدبير والكفاية) - (سادس) من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره (قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وما قيل الى قوله يجب عنه بان المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذ نوري الخبازية يوز يبادات قاصيها ان ثم قوله يجب عنه من قبل قوله وما قيل ان التناقض الخ (قوله متناقضا من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة وتواتره أعلم

المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعي باحق الرجوع وفي الزيادة وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعي لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بان وضع مسئلة الزيادة ابضا في أن الجارية في يد المشتري كما أنه عليك فالاولى ما ذكر في العوائد الظهيرة من بعض المشايخ أن مسئلة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البيعة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادة محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسائلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادة على اقراره بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره لا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البيعة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته وبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادة مالو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الامة للمستحق أو ليست له أجابه القاضي الى ذلك لانه يدعي أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب المشتري تحليفه أجابه القاضي الى ذلك فنهى من قال انما يحلف لانه ادعى عليه مدعى لو أقر به يلزمه فاذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه ببعثه ودفعوا انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكذا لا تقبل البيعة الا بعد دعوى صحته لا يستحلف الا بعد دعوى صحته دل عليه ما في الماذون اشترى عبد شيئا ثم قال أنا محجور وقال البائع ماذون فأراد العبدان يقيم البيعة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خذهم وان أقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع أن المشتري لو أراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه متى لم يكن له ذلك وان أقر به البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعه بدو بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البيعة ولم نجعله مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه أولى لان البيعة حجة متعددة فالزم نجعله مناقضا في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد أصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال ولولم تستحق الجارية واكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشتري بذلك أراستحلف فنسكل وقضى القاضي بحريته الم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلا نها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستحلف فنسكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندهما يجري الآن اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابي المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وتسلبت فانقادت لذلك فانما يادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهده فلوان المشتري أقام البيعة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لانه فيها يظهر بينته أنه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع فكانت البيعة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو وموضوع الزيادة فيما اذا أقام بينة على اقرار البائع بعد البيع أنه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي

قال (ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخره وكان يقول أولاً يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهو مسألة غصب العقار وسنبيته أن شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

قبلنا بينة المشتري أنها للمسحق لا يظهر بينته أنها للمسحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شهوده ساعيا في نقض ما تم به والوجه الثاني أنه مناقض في الفصلين الآن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كالأول تزوج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البينة أنه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رحمهم الله فبعض باع أرضا ثم أقام بينة أنه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال يقبل لأنه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التديب ونحوه وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله أنما تقبل بينة المشتري أنها حرة لأنها شهادة قامت على حصة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المسحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فاقتر المشتري بذلك أو أبي اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك أن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ورجع عليه بالثمن لأنه ثبت بينته أنهم لم تدخل في العقد فكان مدعي اللد ين فلا يكون مناقضا فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينتهما لا تقبل بينته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخرا لا يبطل الشراء السابق (قوله ومن باع دار الرجل) أي عرصه غيره بغير أمره وفي جامع نفع الإسلام معنى المسئلة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فسكذبه المشتري (لم يضمن البائع عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخره) وكان يقول أولاً يضمن وهو قول محمد وهو مسألة غصب العقار هل يتحقق أو لا عند أبي حنيفة فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن * (فروع) * تتعلق بهذا الفصل باع الأمة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجبر ما عاينت الأقوى فتصير مملوكة لازمة وتولوز وجاها من رجل فاجبرها بطلان ولو باعها من رجل فاجبرها نصف بينهما ويخبر كل منهما بين أخذ النصف أو الترتك ولو باع فضولي وأجره آخر ورهنه أو وزوجه فاجبر ما عاينت الأقوى فيبيع أو يبيعه ويبطل غيره لأن البيع أقوى وكذا ثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيره لأنها لازمة بخلاف غيرها والأجارة أحق من الرهن لأنها مملوكة المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالبيع فبطلان البيع كهيئة فضولي عبدا أو يبيع آخر أياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفاضة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيما أخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد فاجاز لم يجز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينقض فلم تلحقه الإجارة ولو غصب من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصب النذرين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم أن المختار في بيع المهرن والمستأجره موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فلامشترى خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما وأن علم فذلك عند محمد وقبل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم وقبل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بالاختلاف ولا للراهن والمؤجر وفي المرتن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف أو أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بنسبة عادلة فلو أجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لأنه أخلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبي

إقرار البائع بعد البيع أنه للمسحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته وأنه أعلم

وكان ذلك عملا بالسببين
بقدر الامكان فصرنا إليه
قال (ومن باع دار الرجل)
قبل معناه باع عرصته غيره
بغير أمره (وأدخلها المشتري
في بنائه) قيل يعني قبضها
وانما قيد بالادخال في البناء
اتقافا لم يضمن البائع أي
قيمة الدار (عند أبي حنيفة
وهو قول أبي يوسف آخره)
وكان يقول أولاً يضمن وهو
قول محمد وهو مسألة غصب
العقار على ما سبق

(باب السلم)

يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز و يقوم المشتري بمقام البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة وأبي ثوبان رجل غصب عبدا و باعه ودفعه إلى المشتري ثم أن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمدان صالحه على الدراهم والدنانير كان كالحذ القيمة من الغاصب فبذبيح الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيوع الموقوف ببيع الصبي المحجور والذي يعقل البيوع ويقضه وكذا شراؤه على إجازة وله والده أو وصيه أو جده أو القاضى وكذا الذى بلغ سغفها والمعنوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد قاي قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجازا الغرماء بيعه صححت إجازتهم وبهلك الثمن على الغرماء وإن أجاز بعضهم البيوع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيوع ومنه بيع المريض عيما من وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

(باب السلم)

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلام لأنه إما بيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو ثمن بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فتقدم ما شرط في الآخر في في الصرف قبضه ما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدريج ونخص باسم السلم التحقق إيجاب التسليم شرعا فبما صدق عليه أعيى تساميه رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق لامرله ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعى بيع أجل بعاجل وما قبل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدة قبضة على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بما يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنته كن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه وسيد كر المصنف شرائطه وأما حكمه فثبت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الأقبضة على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقتضيه إياه وجعل إعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كائنه هو إذا لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهزمة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مغلس ونحو ذلك بعد ولا وحده الأبا اعتبار المدفوع هالك وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة ثوابه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل

(باب السلم)

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف ليكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع مجمل فيه الثمن وفي اصطلاح

(باب السلم)

(باب السلم)

هو أخذ عاجل بأجل واختص بهذا الاسم لأنه تصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه مجعلا على وقته فان أو ان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد مجعلا على وقته سمي سلمًا وسلفًا وهو مشروح بالكتاب فقد قال ابن عباس رضي الله عنه أشهد أن الله تعالى أحل السلم لمؤجل وأنزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه والسنة هو قوله عليه السلام و رخص في السلم واجماع الامتوال قياس يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدو والتسليم لا يصح فيه بيع المعدوم أحق ولو كذا في كتابهما ذكرنا يصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كذا برصفتك كذا بكذا إلى كذا على أن توفيه في مكان كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لأنه عقد خاص يثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يبعد عنه ولنا أن كل

الغفهاء هو أخذ عاجل بأجل قبل فهو بالمعنى اللغوي الآن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بشئ من مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل ببيع عاجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لا تخراست اليك عشرة دراهم في كرحطة أو اسلفت فيقول لا تخراست ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من السلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جواز سبذ كرف في أثناء كلامه ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالسلم ع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع ودل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ومعناه اذا تعاينتم بدين مؤجل فكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل أن يكون معلوما وجه الاستدلال (ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أى في السلف على تاويل المداينة أطول آية في كتاب (٢٠٥) الله وتلاقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا

اذا تدانيتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناول ذلك الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كافي قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا ومعناه الواجب في الذمة وأما السنة (فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وورخص في السلم والقياس وان كان ياباه ولكن ان كان ياباه ووجه القياس أنه ببيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم

الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعنى السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزه بعض متأخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صححه لابي حسان الاعرج واسمعه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهو صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمع بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابة (وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وورخص في السلم) وان كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قبل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يخل سلف وبيع الى أن قال ولا تباع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث فقال من أسلف في شئ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضى الله عنهم في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف واحد منهم ما غلبت مال ببال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله والسلف المضمون) أى السلم الواجب في الذمة وهو صفة مقررة لا مميزة كافي قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا

فان قيل من أسلم شرطية وهو لا يقتضى الجواز كافي قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا أول العابدين (قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ شئ عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي اذا الاصل هو عدم التغير الآن يثبت بدليل (قوله قبل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بان السلعة) أقول الرذالة تقاى (قوله ولو قيل ببيع عاجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضاً من كلام الاتقاني (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول ان أراد أنه لا معتبر به مطلقاً فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لمساعد ذلك السبب فسلم ولا يفيد ذلك بنازع أحد في تناوله في تناوله لغیره كالأخ في فلا حاجة الى اعتبار يوم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روى من ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله (قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجو بالوصف شريعتين جواز وهو وصف شرعاً هو

فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وإنما الحديث يستدل به على جواز في المكيلات والموزونات (والمتراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنًا بل يكون مئمة فلا يصح السلم فيه ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بغير ثمن مؤجل تحصيله المقصود المتعاقد من بقصد الامكان والاعتبار في العقود للمعاني) والاول قول عيسى بن أبان والثاني قول أبي بكر الاعمش رجما الله وهذا الاختلاف فيما إذا سلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير لم يكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهم مقصد مبادلة الحنطة بالدراهم وأما إذا كان كلاهما من الاثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى أصح لأن التصحيح انما يجب في محل أو جبا العقد فيه وهما أوجبا في المسلم فيه وهو إذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لأنها لا تكون مئمة وتصحيحه في الحنطة تصحح مراده ظاهر (أقوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم بطريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مئمة فلا يصح السلم فيه ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بغير ثمن مؤجل تحصيله المقصود المتعاقد من بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول أصح لأن التصحيح انما يجب في محل أو جبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للعاجلة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاستر باح لفظة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القينة فير بجه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتدفع به حاجته الحالية الى قدرته المألية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقل الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وقفة فإنه كالاتباع ثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الثمن وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجحان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل أن قياس السلم على الاتباع ثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه ببيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصل في كونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق الى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رأى على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لاجل هذا المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله (والمراد بالموزونات) أي التي يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فلا تغاى أنه باطل وان أسلم غيرهما من العروض كسكر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مئمة والنقد أثمان فلا تكون مسلمة فيها وأذا لم يصح فهل ينعقد بغير ثمن مؤجل أو يبطل رأسا حتى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل ينعقد بغير ثمن مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد انما يكون في محل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجبا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكان في غير محله إلا أن الاول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من أفراد البيع بل أتوا بل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وأدخل الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخبر فيما إذا اشترى خراشوب فإنه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبار التحصيل غرضهما ما أمكن (قوله

ولا طائر بطير بجناحيه وقوله عليه السلام ما أبغته الفرائض فلاولى رجل ذكر (قوله ثم قيل يكون باطلا) وقيل ينعقد بغير ثمن مؤجل هذا الاختلاف فيما إذا سلم الحنطة أو غير ذلك من العروض في الدراهم أو الدنانير قال عيسى بن أبان رحمه الله يكون قدا باطلا و كان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بغير ثمن مؤجل أمواله كان كلاهما من الاثمان بان أسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالاجماع (قوله ولا يمكن) لأن الدراهم والدنانير قطا لا يكون مبيعا لأنهما خلقا ثمنًا والمسلم فيه مبيع (قوله

والموزونات جوازها
في المذروعات لكونها
المكيلات والموزونات في
مناط الحكم وهو إمكان
ضبط الصفة ومعرفة المقدار
لارتفاع الجهة لارتفاعها
بهم وعلى هذا التقرير
سقط ما قيل الشيء انما يلحق
بغيره دلالة اذا تساوى
جميع الوجوه وليس
المذروع مع المكيل أو
الموزون كذلك لتفاوتهما
فيما هو أعظم وجوه
التفاوت وهو كون المذروع
قيما وهما مثلهما لان المنطوق
هو ما ذكرنا اذا الجهة
المغضية الى النزاع ترتفع
بذلك دون كونه قيميا أو مثلهما
فان قيل الدلالة لا تعمل اذا
عارضها عبارة وقد عارضها
قوله لا تبسع ماليس عندك
فانه عبارة اختصت منه
المكيلات والموزونات بقوله
من أسلم منكم الحديث
فبقى ما وراءهما تحت قوله
لا تبسع فالجواب أننا نسلم
صلاحية ما ذكرنا للتخصيص
لان القسرين شرط له وهو
ليس بوجود سلمانه لكنه
عام مخصوص وهو دون
القياس فلا يكون معارضا
للدلالة (وكذا في المعدودات
المقاربه وهي الشيء
لا تتفاوت) أحاديها (كالجوز
والبيض لان العددي
المقارب معلوم مضبوط
الوصف مقدور التسليم)
فكان مناط الحكم موجودا

قال (وكذا في المذروعات) لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لارتفاع الجهة فيحقق
شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر
مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير
وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط
الذي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط الصحة للسليم كون المذرع مضبوطا على وجه يمكن تسليمه
من غير افضاء الى المنازعة فالهنا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصص
والبوارى اذ اثنى الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ لبقاء التفاوت
بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما قل ازدادت قيمته والحرير كلما
خف زادت انثى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسمى بالكمخاء كل ما نقل ازادت القيمة
فالخاص انه لا يمين ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن لا يصح السلم في غير
المكيل والموزون لأنه مشروط على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا
يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبسع ماليس عندك ودليل التخصيص جاز أن يعمل
ويلحق بالخارج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لا تغاير كلمتهم على
أن مناط القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تعيينه
المطابق للعالم وهو غلط ماليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبسع مطابق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما
ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تعيينه بما اذا لم يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل
ماليس عندك لا بعينه ليكون تخصيصا بماليس عندك بل كل ماليس عنده بلا ذكر اجل على عموه في منع البيع
وكاه مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفة مكان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم
مع جهاته وعدم ضبطه فالخاص أن كاه مع شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بيعه بغير اجل وكون
المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر
بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان الشرط للصحة وهو عدم الجهة بدل عليه سياق الحديث
وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسافرون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلم في شيء يعني
من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليعيد عدم الاقتصار
على الكيل فان سبب شرعية تبسع ماليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الرابح فانيط بظنة
ذلك من اقدام على أخذ العاجل بالاجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا
أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ
العاجل بالاجل وهي ثابتة من الغراز في المذروعات كفي أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل
من سمع سبب الشرع وعية المنقول في أثناء الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت
السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب بان سببها فان قيل في المذروعات موانع
وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما
يضبط الكيل والوزن فليس يصح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في
الصنعة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مع السلم بل لا بد من ذكر الاوصاف حتى يضبط كذا
المكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد من ذكر الاوصاف معه فتأمل هذا
التقرير فان في غيره ضبط الله أعلم (قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض) أي يجوز السلم
فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا والصغير والكبير
وكذا في المذروعات) نحو الثياب والبسط والحصص والبوارى فان قيل ينبغي أن لا يجوز السلم في المذروعات لان

كفي المذروعات (بخاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير

(قوله فالجواب أننا نسلم صلاحية ما ذكرنا الخ) أقول هذا منع لا يضر

فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تغاوتاً فاحشاً وبتفاوت الآحاد في المسالية يعرف العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المسالية ثم كيجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلاً لانه عددي وليس يمكن وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكياً بالاصطلاحهما وكذا في الغلوس عدداً

فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسيراً عبرة به ولذا لا يتباع بيضه بجاجة بغلس وأخرى بغلسين وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب وهو مروى عن أبي يوسف وعليه قول المصنف أعني أن ما تفاوتت ماله من متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والأشجار والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المسالية الا اذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجواهر والنفائس والغرائب فلا يجوز فيها الا بذكر ميزات أو أجازة في الباذنجان والكمثرى وعدة الاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كالعبد بالخاص واللا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والغرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً فلا سلم في بيض النعام أو جوز الهند جازاً كما جاز في الآخريين وعن أبي حنيفة أنه منعه في بيض النعام ادعاء لتفاوت آحاده في المسالية وهو خلاف ظاهر الرواية وآل وجهه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يتبع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كفي ديار مصر وغيرهما من الامصار يجب أن يعمل به الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذلك كالأعداد المعينة المقادير واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكيجوز زعدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً) وقال زفر لا يجوز لانه ليس يمكن بل معدود وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذا تفاوتت في ماله سواء كان معدوداً فليس يمكن لكن لم لا يجوز كيلاً مع أن اعتبار المقدار ليس بالاضبط والضبط لم ينحصر في العبد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما يقي بين كل جوزتين وبيضتين من التخليل قلنا قد علمناه ورضي رب السلم فانما وقع السلم على مقدار ما علا هذا الكيل مع تخليله وانما يمنع ذلك في أموال الربا اذا قبلت بعينها والمعدود ليس منها وكيلاً انما كان بالاصطلاح كما لا يصير بذلك مكياً مطلقاً ليكون رويها إذا أجزأه كيلاً فلو زنا أولى (قوله وكذا في الغلوس عدداً) أي يجوز السلم في الغلوس عدداً هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع

السلم ثبت بخلاف القياس لانه يسع المعدوم والنص ورد في الكيل وأو زنى وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق المنزوعات بهم ما بدلالة النص لما أن قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم انما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار أماكن التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية كما تتحقق بالكيل كذلك تتحقق بالنوع فيجوز السلم في المنزوعات بطريق الدلالة فان قيل انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبسح ما ليس عندك ينفي الحاق المنزوع قلنا العام من الكتاب اذا خص لا يبيح الباقي حجة عند الحسن فكيف في السنة وعلى القول المختار وان بقي حجة لكن مرتبة دون مرتبة القياس وشعب الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس وخبر الواحد ولا شك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود والكفارات بالدلالة ولم يثبت شيء من ذلك بالقياس وخبر الواحد ذكر في الايضاح وانما يجوز السلم في الثياب استحساناً لانهم يصنعون العبد والعبد يصنع بالآلة واذا اتحد الصانع والآلة فقد المصنوع

سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) فانه قلنا يباع جوز بغلس وآخر بغلسين وكذلك البيض (بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تغاوتاً فاحشاً) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد في المسالية دون الأنواع وهذا هو المروى عن أبي يوسف وجه الله ويؤيد ذلك ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المسالية ثم كيجوز السلم فيها أي في المعدودات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وهنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً بالاصطلاحهما

فإن أهداهم ولاصلاح على كونه كليليا (قوله وكذا في الفلوس عددًا) ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأحمد فلا يجوز زأى لا يجوز السلم في الفلوس (٢٠٩) لأن الأثمان والسلم في الأثمان لا يجوز وإلها

ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فإلها ابطالهما باصطلاحهما فإذا بطلت الثمنية صارت

مشمنا تعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسئلة بيع الفلوس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه مشمنا من ضرورة جواز السلم فاقدمهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعدا مشمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مشمنا فان بيع الأثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنهما كان وفسد بيع الواحد بالاثنتين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يتخلو ما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاوّل لا يجوز وبلا خلاف

والثاني لا يجوز وعندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالأبل والسن كالجذع والثني والنوع كالبحر والعراب والصفة كالسمن والهزل والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبهه الثياب

وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن العاص أن يشتري بعيرا بيعا من بني تميم في تجهيز الجيش الى أجل وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكره فضاءه راعيا والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض

وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأن الأثمان وإلها أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فبطل باصطلاحهما ولا يعودون زينا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبهه الثياب ولنا أنه بعد ذلك كرماد كرمي في فيه تفاوت فاحش في المسألة باعتبار المعاني الباطنة فيفضي من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلوس بالفلسين في باب الربا لأن الأثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل وإذا كانت أثمانا لم يجوز السلم فيها على ما ذكرناه ورأى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا الأخير لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مشمنا فإذا أقدم على السلم فقد تضمن ابطالهما باصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيهها وهو العبد بخلاف البيع فإنه يجوز ورواه على الثمن فلا موجب لخروجه فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلوس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعودون زينا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجه عن العددية الى الزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبض بل يبقى على الوجه الذي تعارف التعامل به فيها وهو العدد الا أن يهدره أهل العرف كاهو في زماننا فان الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزان في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في زماننا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى فلا لأنه يصير معلوما أي منضبطا (ببيان الجنس) كقرس وأبل أو عبد (والسن) كابل نخاع أو عشار (والنوع) كعمرى وبخشي (والصفة) كحمر وأسم وطويل أو ربعة (والتفاوت) بعد ذلك يسير (وهو مغفر بالاجزاء والالم يصح سلم أصلافان الغائب بلوغ في تعريفة الهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرثي فان بين جدي وجدي من الخطبة تفاوت لا يخفى وان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أبيض فلو علم أن التفاوت اليسير مغفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فإمرأى أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنقذت الأبل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعير من الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده الى أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من

فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت قد يعمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يعمل في الاستهلاكات ألا ترى أن الأبل لو باع بعين يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا أو جب عليه الضمان (قوله وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الأثمان) وهذا الخلاف مبنى على الخلاف في بيع الفلوس بالفلسين في أعينهم ما ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مشمنا فاقدمهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعدا مشمنا ما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مشمنا فان بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدرهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنهما كما كان فلا يجوز بيع الثوب بالاثنتين (قوله ببيان الجنس) نحو الأبل

وإنما ان بعد ذكر الاوصاف
التي اشترطها الخصم يبقى
تفاوت فاحش في المسألة
باعتبار المعاني الباطنة فقد
يكون فرسان متساويان
في الاوصاف المذكورة
ويزيد عن احدهما زيادة
فاحشة للمعاني الباطنة
فيفضى الى المنازعة المنافية
لوضع الاسباب بخلاف
التياب لانه مصنوع العباد
فكما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً
بعد ذكر الاوصاف وشرء
البعير ببعير من كان قبل
نزول آية التراب أو كان في دار
الحرب ولا ريب ان الحربى
والمسلم فيها وتجهيز الجيش
وان كان في دار الاسلام
فنقل الآلات كان من دار
الحرب لعزيم في دار الاسلام
يومئذ ولم يكن القرض ثابتاً
في ذمة رسول الله صلى الله
عليه وسلم بدليل أنه قضاء
من ابل الصدقة والصدقة
حرام عليه فكيف يجوز أن
تفعل ذلك

(قوله فنقل الان كان
من دار الحرب الخ) أقول
يعني الان المهمة في تجهيز
جيش الاسلام من الخيل
والجمال وغيرهما فكان
الامر لعمرشراءهم -

وقد

وقد صحح ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال

جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان لو احدا يصيح نساء ولا باس به يدا بيد قال الترمذي
حدث حسن كانه للخلاف في الجحاح بن اوطاة وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول
الجحاحي مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه أنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أضامع انه
ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسين بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن
عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل
يا رسول الله رأيت الرجل يبيع الغرس بالافراس والخجعة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه
الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون يبيع الكالني بالكالني تعميده للإجماع فانه
أعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
السلم في الحيوان) هو ما أخرجه الحارثي والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوفى حدثنا عبد الملك التماري
حدثنا سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن السلم في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين ابن جوفى فيسه نظر بعد تعدد ما
ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الجعية بمعناه لماعرف في فن الحديث وكذا يجب أن
يرجع على حديث أبي رافع ان صح لانه أقوى سنداً أعنى حديث ابن جبان ولان المانع يرجع على المبيع وفي
الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلد
البكري مالا مضارب فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في فلائص فلما حلت أخذ بعضه بقي بعض
فاعتسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأنه يسترده فقال لعبد الله أقرع ليدفع قال نعم فاساله فقال
عبد الله أردت ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يريد
بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروى عنه بواسطة علقمة أو الاسود الا أن هذا غير قاطع عندنا خصوصاً من ارسال
ابراهيم فقد تعارضت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم في المطالب وما ذكرنا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله لهم أوصافاً ظاهرة لطبقوها على معين
موجود ولا شك في أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينبغي معه التفاوت الفاحش مطلقاً معناه وأما
منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلفظ الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت
الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا أن الحيوان فيه ليس مقابلاً
بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة بخلاف ما قول بل بماله فانه تجرى فيه المشاحة بغيرنا على موجب ذلك
وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف
غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضاً عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالانثار فيه ما لقاؤل أن يقول كون
التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشاً لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمنه ما ذكر
من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت
قليلاً بحسب الباطن أو كثيراً لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجودة
الفهم والخلق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجرى المنازعة في
أن أخلاقه ماهي وفي تحررهما فالغرض في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن
لما ساله عمرو بن أبي عمرو وقال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا لا يجوز في السلم
في الديابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيح ولكنه بالسنة وفي

(قوله وقد صحح) يجوز
أن يكون إشارة الى جواب
ما يقال التفاوت الفاحش
في المعاني الباطنة لا يوجد
في العصافير والمامات التي
تؤكل وأن السلم فم لا يجوز
أن يكون عند كونه غير
أن عدم جواز السلم في
الحيوان ليس لكونه غير
مضبوط فانه يجوز في الديابيح
دون العصافير ولعل ضبط
العصافير بالوصف أهون
من ضبط الديابيح بل هو ثابت
بالسنة لا يقال الهى عن
الحيوان المطلق عن الوصف
والمتنازع فيه هو الموصوف
منه فلا يتصل بحمل النزاع
لان محمد بن الحسن ذكر
في أول كتاب المضاربة أن
ابن مسعود رضى الله عنه
دفع مالا مضارباً الى زيد بن
خليدة فاسلمها زيد الى عتريس
ابن عرقوب في فلائص
معلومة فقال ابن مسعود
أردت ما لانا تسلم أموالنا وهو
دليل على أن المنع لم يكن
لكونه مطلقاً لان الفلائص
كانت معلومة فكان

مخاض جيد أو بعد تركي ابن عشرين سنة جيد (قوله حتى العصافير) جواب سؤال بان يقال السلم في
الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي أن يصح السلم

(ولا في أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدرا لها قال (ولا في الجلود عددا

مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدييات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا يجبس للتو لا يتيسر أخذه ولا يحان أخذه يعام مقام الموجود بخلاف السمك الطري لرحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتضى منها كالحمام والقمرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدر وى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علته بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا المعنى النص وان اعتبرنا عوموه وجب أن لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عوم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في السلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في أطرافه) أى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والا كارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الثواب قبل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهى تعبدولا والمعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذ كرا الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه أنها عددية متفاوتة ولا مقدورها فامتنع السلم عدد او غير عدد لا تتفاء المقدور وعندى لا باس بالسلم في الرؤس والا كارع وزنا بعدد كرا النوع وباقى الشرط فان الا كارع والرؤس من جنس واحد حيث لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه عدد بعدد كرا النوع خلفه التفاوت جدي لكن يراى أن الرؤس بجاجيل أو بأقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والجوارق والقباب والفرأ والشباب الخيططة والخفاف والعلائس الا أن يذ كرا العتدد لقصد التعدد في السلم فيه ضبطا لسميته ثم يذ كرا ما يقع به الضبط كائن يذ كرا في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديهم بان يقول طائفي أو برنالى وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عدد المحمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونخفته ورقته ونوعه الا أن يغنى ذ كرا نسبتة عن قدره كورف جوى وفي الجواب طوله وسعته وكذا كل ما كان يميز له عن غيره فاطعلا لا مشترك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب خزما ولا في الرطبة جزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك) بأن يبين طول ما يشد به الحزمة شبرا أو ذراعا فينبذ بجواز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى ان لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز هذا العدو لو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه ما منع شرعى كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الخنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الخنطة بجنسها وزنا وهو كسلى للماعرف في باب الر بأما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الخنطة لا يكون خنطة وقد رضى بضبطه وزنا لا يصير تفاوت الخنطتين المختلفتين الوزن كيلا وهذا ضعف راية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الخنطة وزنا وذ كرا قاضيان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهمله جمع حرزة وهى الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه وأما الجزز بكسر

فيها فاجاب بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان (قوله ولا في أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها) فالتفاوت بين رؤس ورأس وكراع وكراع معتبر فيها بين الناس مما كسون فيه ولو أسلم فيه وزنا اختل تفاوته (قوله ولا في الجلود عددا) أى في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين العاقل والعرض والصفه وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوان وجلوده عدد القليلة

لكنونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذ كرا ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم وأما الدليل على ذلك فهو السنة قال (ولا في أطرافه كالرؤس والا كارع) والكرع مادون الركبة من الدواب والا كارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها تتابع عدد او هى عددية فيها الصغير والكبير فيقتضى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عدد الان معناه أنه عددى حيث لم يجوز عدد الم يجوزنا بطريق الاولى لانه لا وزن عادة وذ كرا في الذخيرة أنه ان بين للجلود ضرر بما معلوما يجوز وذلك لا تتفاء المنازعة حيث يذ

(قوله لا يقال في كلام المصنف تسامح) أقول يعنى في قوله في الحيوان ثم أقول فيه شئ الا أن يقال في قوله تسامح تسامح والمعنى في كلام المصنف اعتراض (قوله لان ذ كرا ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا يتوهم

(ولا في الخطب حرم) لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغاطفه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرتبة حرم الجرم بعدها رامة متوحدة وزاوية القبة ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما تشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام قسمه عقلياً حاصرة وذلك لأنه إما أن يكون موجوداً من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلاً أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجوداً فيما بينهما أو معدوماً فيما بينهما أو الاول جاز بالاتفاق (٢١٣) والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافاً

للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافاً للمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى ييسد وصلاحتها وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط الصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولأن القدرة على التسليم انما تكون بالتخصيل فلا بد من استمراره الى حلول مدة الاجل لئلا يمكن من التخصيل والمنقطع وهو مالا يوجب في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليه ما واعدتض بأنه اذا كان عند العقد موجوداً كفي مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع من الجواز وأجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقياً الى ذلك

ولا في الخطب حرم ولا في الرتبة حرم) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بينه طول ما يشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجوداً وقت المحل لو جود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى ييسد وصلاحتها ولا في القدرة على التسليم بالتخصيل الجرم وزاوية أولهما متوحدة بجمع حزمة وهي الصوف المجز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل) بكسر الخاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وأصحابي (اذا كان موجوداً عند العقد والمحل جاز) وان كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشترطه في غير ذلك بالموجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضاً اطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلم يزد على شرط البينة وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي اسحق عن رجل نجران قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخيل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان نخلاً أسلم في حديقته نخيل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئاً ذلك العام فقال المشركي أو تحرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

(قوله ولا في الخطب حرم) أو أوفار الان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغاطفه فان عرف ذلك فهو جاز كذا في المبسوط (قوله ولا في الرتبة حرم) بتقديم الراء المهمله على الزاوية المجتمعة وهو القبض من القبة ونحوه أو الحزمة لانها قطعة من الجرز وهو القطع ومنها قولهم باع القبر حرم أو ما سواه تصحيف كذا في المغرب وأما الجزر بكسر الجيم والزاوية المجتمعتين جمع الحزمة وهي الصوف المجز وز وهذا ليس بموضع (قوله اذا كان على وجه لا يتفاوت) أي بالشد ونحو العصا أما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل) هذه المسئلة على وجوه أربعة كان المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعاً عن أيدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقاً وان كان منقطعاً وقت العقد موجوداً في أيدي الناس عند المحل أو كان موجوداً عند العقد وعند المحل منقطعاً فيما بينهما لا يصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وان كان موجوداً وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقاً وحسد الانقطاع هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في

الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقبيه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بان عدم القدرة على ذلك التقيد برباثة فيبقى فان قبيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كالكاله (قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بسل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهم ما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أهول خب نامل

فلا بد من استمرار الو جود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المجل فرب السلم بالخيار ان شاء
فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع
قبل القبض

للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بتم تسجل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه
وجه الدلالة انه لا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه يبيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كرايت
والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا لا نهى
وبدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي الجعفي قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن يبيع الورق نساء بناجر وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم
في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيدين
الكبيرين في العلم والتبعية انهما هما من نهى عن بيع النخل حتى يصلح يبيع السلم فقد دل الحديث على
اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المجل فلزم اشتراط وجوده عند المجل على خلاف
قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل بالاشتراط عند المجل فقط
وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول بالاشتراط عندهما لا غير احداث قول ثالث أو نقول ذلك بتعليل النص على
اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم طاهر لان
الظاهر استمرار الو جود بالاستمرار يمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة
التحصيل شيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد
يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات
أو يأيت المسلم اليه في الجلود أيذبح عند حلول الاجل ألف رأس ليعطى جلودها الرب السلم وكذا الأسماك
المالحة والطياب والاعشاب والاحطاب والاعمال والمشا في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما
يحتاج له ليعطى ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل
الكسب على عيالهم ويحسوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو
السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا بد في السوق الذي يباع
فيه وان كان يرد في البيوت ذكره أبو بكر الشحجي وتواردوا عليه وفي مبسوط أبي الليث وانقطع في اقليم دون
اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو سلم في الرطب
بخاري لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المجل) أي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن
رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده (وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن
الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كالمبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كما لا يثبت
في غير محله لا يبقى عند فواته كالمشتري بغلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم
قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (على شرف الزوال) فيتخير المشتري (كلوا بق المبيع قبل القبض) وهذا
لان المعقود عليه هنادين ومحل الدين الزمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان
وجوده مرجوا بخلاف مبيع المعين فان بهلا كنه يغوث محل العقد وكذا الغلوس اذا كسدت فانها وان كانت

ووجوده شرط فوجود
المسلم فيه كذلك (قوله ولو
انقطع بعد المجل) يعني أسلم
في وجود حال العقد والمحل
ثم انقطع فالسلم صحيح على
حاله ورب السلم بالخيار ان
شاء فسخ العقد وان شاء
انتظر وجوده (لان السلم
قد صح والعجز عن التسليم
طارئ على شرف الزوال
فصار كباقي المبيع قبل
القبض) في بقاء المعقود
عليه والعجز عن التسليم
فان المعقود عليه في السلم هو
الدين الثابت في الذمة وهو
بأن يبقائها كالعبد لا يبق
وفي مسوله والعجز الطارئ
على شرف الزوال اشارة الى
جواب زفر عن قياسه
المتنازع فيه على هلاك
المبيع في العجز عن التسليم
وفي ذلك يبطل المبيع
فكذلك هنا ووجهه أن
العجز عن التسليم اذا
كان على شرف الزوال
لا يكون كالعجز بالهلاك لانه
غير ممكن الزوال عادة فكان
القياس فاسدا

الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلموا في الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على أن القدرة عند المجل غير
كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة وعلى أن الو جود
معتبر من حين العقد الى حين المجل (قوله ولو انقطع بعد المجل فرب السلم بالخيار) وقال زفر رحمه الله يبطل
العقد ويسترد رأس المال (قوله للعجز عن تسليمه) فصار كالمبيع في بيع المعين (قوله والعجز
الطارئ على شرف الزوال) بان يصير الى أن يوجد به فارق الهلاك فالمعقود عليه في البيع عين ثم فاته أصلا وفي

قال (ويجوز السلم في السمك المالح) قال (ويجوز السلم في السمك المالح الخ) السلم في السمك لا يجوز عدد اطريا كان أو ما لحا لتفاوت وزنا اما أن يكون في المالح أو الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوطا القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في غيره جاز كذلك وان كان في غيره جاز ليجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وري عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمين والوزن ووجه الرواية الاخرى ان السمين والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالأصغر قيل يقال سمك ملج ومملوح ولا يقال مالح الا لغتر ديشة وهو المقد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الرازي صرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرني كفي بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خبر في السلم في اللحم) خبر منكرة وقعت في سياق النفي فتبعد نفي أنواع الخبر بموصوفه ومعناه لا يجوز زعلي وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقال اذا وصف منه موضع معلوما بصفة معلومة لكونه قيمه بالفضل فان قيل لحم

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خبر في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا الماذ كروا عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خبر في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقرضه وزنا في الذمة لكن الثمن الكائن فيها قلو هو أثمانه ولا وجود لها بعد الكساد فيقوت المثل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان ادراك الزرع والثمار وانما معلوما وكذا لغيرها وان يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بان يقول بوري أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ (معلوم) القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت في التفتة وأما الصغار فيجوز فيه كبلاو وزنا سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك ملج ومملوح وهو المقد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديشة قال بعض الشارحين لكن قال الشاهر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفي بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس بردي ولم يجسد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغتر ديشة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دودملج ومملوح ولا يلتفت الى قول الرازي * أطعمها المالح والطريا * ذلك مولد لا يؤخذ بلغته وأما الطري فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبالغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خبر في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كانه ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا الماذ كروا من التفاوت في آحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كاي قطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطلاح يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطلاح ليرد ما ذكره (قوله ولا خبر في السلم في اللحم) وهذه العبارة تا كيد في نفي الجواز كقوله لا خبر في استقرض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحزرا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها في لفظه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكذا كلهما من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم أنهم مظلونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا ونسبا ومينا بعد ان بين جنسه من نحو الضأن وسنة ثني ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب

السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة (قوله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) وفي الذخيرة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله اذا بين الجنس بان قال شاة أو بقرة وبين السن بان قال جذع أو ثني وبين النوع بان قال خصي أو غل وبين صفة اللحم بان قال سمين أو هزل ول بين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة أماناء فالجمله تنعدم هذه الاشياء (قوله ولهذا يضمن بالمثل) أي عند الاتلاف ابضاح لقوله موزون مضبوط الوصف وكذا قوله يصح استقرضه وزنا لان الاستقرض لا يصح الا في المثليات ويجري فيه بالفضل لعله الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان

موزون معلوما كساتر الموزونات ولهذا يجوز ضمها بالمثل واستقرضه وزنا ويجري

الطير رموزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه

(٢١٦)

و يجري فيه بالفضل بخلاف لحم الطير ولأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للثبوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة في مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض بعين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يمكن في

المذكور من لحم الطير على طير ولا يقتنى ولا يجوز للتوالد فيكون البطان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويجوز للتوالد فيجوز عند الكل لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطير تفاوت لا يعتبره الناس كعظام السمك والبه مال شيخ الإسلام وهذا أقوى وجه التأمّل ولا يـ حنيفة طريقان أحدهما أن اللحم يشتمل على ماهوه مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فبالتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى أنه تجري المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تغضي إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضوع والوزن وهذا يقتضى جوازه في متزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة بقلة الكلال وكثرته والسلم لا يكون إلا وجل ولا يدري أنه عند المحلل على أي صفة يكون

مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فنع أي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرنا وجهه أنه رموزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله وله هذا يضمن بالمثل استدلال على كونه رموزونا وكذا كونه مضبوطاً بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الأقطار قطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمي موضعاً معلوماً أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ولأنه ثابت بالصحة الخلقة كالنوى في الثمر ولذا جاز السلم في الآية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالإجماع (بخلاف لحم الطير ولأنه لا يمكن وصف موضع منه) لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطير ولا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما يصيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز وعند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم فإن العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الذباج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فإن من الناس من لا يحب الصدر منه فيقول أوراكا أو غير الصدر أو ينص على صدرها أو أوراكا فإن أطلق فقال من لحم الذباج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلف أغراض الناس ولا يـ حنيفة ورضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلم في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم أهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما إذا سمي موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للمشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المما كسة بين البائع والمشتري في العظم حتى أن المشتري يستكثره فبأمره ينزع بعضه والجزء الذي يدهسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ناهياً أن يختلف بحسب الفصول سنة وهزاله أو لا سمي السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الأصح) لأن الحكم المعلل بعلمين مستقلين يثبت مع أحدهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكرنا في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فحين غصب الجاشوا ثم استحققر جل لا يسقط ضمان الغصب والمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قبل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم الأهنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المنتقى أن أبابوسف روى عن أبي حنيفة إذا استعملت الحمار قال عليه قمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أي قبض اللحم القرض (يعين فيعرف مثله به) أي بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معين

مضبوطاً فيصح السلم فيه كما في الآية والشحم (قوله بخلاف لحم الطير ولأنه لا يمكن وصف موضع منه) أي من لحم الطير ولأن عضو جنس الطير قليل ولا يشتري لحم العضو عادة (قوله أو في سمنه وهزاله) وللسمين والهزال درجات متفاوتة فلا تضبط المسألة بذكرهما (قوله وهو الأصح) لجواز أن يكون معلولاً بعلمين فعدم أحدهما لا يدل على عدم الجواز (قوله وكذا الاستقراض) أي ممنوع أيضاً ولئن سلم فالمثل أعدل من

وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح (قوله قال والتضمن بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض بعين يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تغضي الجهالة إلى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يمكن في

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) السلم الحلال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدلالا بطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيجعل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لم يندكره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منك في كبل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من أراد سلما مؤجلا فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيد فيجعل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كبل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكبل والوزن في شيء واحد فكأن معناه في كبل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر (٢١٧) الى أجل معلوم ان كان مؤجلا

فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التميز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور ضرورة تحمله لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيجعل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جواز بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحلال على ان سوق السكك لا يبين شروط السلم لالبيان الاجل فليست امل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المغاليس اذ القياس عديم جواز يسمع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد وان ثبت على وجهه يندفع به حاجة المغاليس والالم يكن مفيد الماشرع له والسلم الحلال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه امانا أن يكون قادرا على التسليم في الحال أولا فان كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا من خص فبقي على الثاني وان كان الثاني

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيسارونا ولانه شرع رخصة لدفع الحاجة المغاليس فلا بد من بل مجرد وصف فلا يكتفي به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذلك مذهبنا وبعد التسليم أي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسججاني أنه يضمن بالمثل الا أن ينقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان بالفضل فيه قاطع بانه مثلي فيفترق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتتمام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصل رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا يتقيد برسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض أن القبض في القرض معان محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول أما السلم فاعلم يقع على الموصوف في الذمة وبالموصوف عند العقد لا تعرف مطابقتها للموجود عند القبض كعرفة مطابقتها بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله أما الموصوف فلا يكتفي به أي لا يكتفي بالموصوف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجوددة قاربا ثبوت الربا بين الحى نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كتحكم فخذ مع لحم ضلع (قوله) ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال بان يقول مثلا سلمت هذه العشرة في كرخنة صغتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لأطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الامن كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلو على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان التحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف السككية الحالية فان العبد يخرج بالسككيات من يده من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصبر قادرا على تسليم بدل السككيات وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منك في شيء فليسلم في كبل معلوم ووزن القيمة لانه مماثلة صورة ومعنى والقيمة لا تماثل صورة والموجب الاصل رد العين فيها والمثل أقرب الى العين فكان أعدل منها ولان القبض محسوس معان في القرض فأمكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالموصوف عند العقد لا يعرف الموصوف جود عند الحمل (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز زلا لطلاق الحديث ورخص في السلم فن أصل الشافعي رحمه الله حل المطلق على المقيد وهنالم يحمل مطلق قوله عليه السلام ورخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من أسلم منك في شيء فليسلم في كبل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقال انما نرى كذا أصلي لاني وجدت الاصول متعارضة

(٢٨) - (فتح القدير والسككيات) - سادس (فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للمغاليس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عنده كرا حنطة أجيب بان السلم لا يكون الا بائنا في التمنين وهو دليل على العدم وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كافي رخصة المسافر (قوله فيجعل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لم يندكره) أقول إشارة الى ما يندكره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيجعل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بجعل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لان قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

الاجل لا يقدر على التخصيل فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافي قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روينا ولا أن الجهالة فيه مفضية إلى المذاعة كما في البيع والجل أدناه شهر وقيل

معلوم إلى أجل معلوم فليس معناه الأمر بالتأجيل في السلم فممنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليسلم إلى أجل معلوم لأنه لو لم يكن كذلك فكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجوز في المعسود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك أن أهل الاجماع فاطبة في إخراجهم من ذلك الحكم العام للترخيص للمغاليس المحتاجين إلى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدره آجلة فلا يتحقق بحمل الرخصة الأمع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازاً للمعاينة وهي باطنسة أنيط بأمر ظاهر كالمستقر في قواعد الشرع كالسفر للمسقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدوماً عند المسلم إليه حقيقة أو موجوداً قادراً هو عليه فنقول المصنف (ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي متفهمة في السلم الحال (قوله والاجل أدناه شهر إلى آخره) في التحفة لازماً وبه عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت

حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على أصلي وهذا أدبه كما يقول تركت أصلي في كفارة اليمين لأنني وجدت الأصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصيغة التفريق وصوم الظاهر مشروع بصيغة التتابع فترك صوم كفارة اليمين مطلقاً على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظاهر ومن أصل علمائنا رحمه الله أنه لا يحمل المطلق على المقيد إذا أمكن العمل به ما قاما إذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين علمنا بالتتابع بطريق الزيادة وهما لما ورد الاطلاق والتقدير في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقيد بشرط الاجل وصعاباً إذا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل به ما فعلنا بالزيادة على طريق حل المطلق على المقيد اخرج الشافعي رحمه الله في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد أثبت في السلم رخصة مطلقة فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه أنه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفهاً للشرط كالبيع والاجارة ولأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر أنه يقدر على تسليمه وذلك يعني لجواز العقد ولو لم يكن قادراً على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التخصيل والتسليم وهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أو لا قبل قبض المسلم فيه وهذا فارق الكتابة الحالية قال فاني لا أجوز الكتابة الحالية فان العبد يخرج من يده ماله غير ماله لا شيء فلا يكون قادراً على تسليم البدل بما يدخل في ملكه لا يقدر على التخصيل الأبدية فهذا الأجور والامور جلا وبجنتنا فيه قوله عليه السلام من أسلم منك في سلم في كميل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد به ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليستوا لأن يكون المراد أنه إذا أسلم مؤجلاً ينبغي أن يكون الاجل معلوماً وقال صاحب الاسرار في موطأه تحريم السلم على من أراد الأبدية الاوصاف كمن قال لا تخرم من دخل ناري فليدخل غاض البصر ومن كلمني فليكام بالصواب فيقيد المطلق في حديث الرخصة بهذا وفيه اشكال لأنه لا يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور وفي الحديث إذا سلم مع في المذروع والمعدود فكان الحديث سائلاً كتبت بيان السلم الحال وما رواه ناطق فيصح ويمكن أن يقال ان الأصل عدم جواز السلم لكونه يبيع مال ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه الامور جلا وما رواه حكاية حال لا عومله وقد أراد به السلم المؤجل لاجتماع فلم ير غير ذلك لا يعم (قوله ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) فان قيل الرخصة

قال (ولا يجوز الا بالاجل معلوم) اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوماً بما روينا وبما يعقل وهو أن الجهالة مفضية إلى المذاعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعده او اختلاف في أدنى الاجل فبقيل أدناه شهر استدلالاً بمسئلة كتاب الايمان حلف بقض دينه عاجلاً لانقضاء قبل تمام الشهر ربي يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بخيار الشرط وليس يصح لان الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فالأدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لان المجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وقال أبو بكر الرازي والاول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان

قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذ لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضى الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك اوباع بذلك الا انه مجهول القدر يابيد لباأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقدمر يعنى في أول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتجلى فيه فيندر الهالك لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد أو خرف أو خشب أو نحوها أما اذا كان لما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعيلا بفتح الفاء ليس من أنبيتهم والجواب والغرارة والجواهر فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القرية وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة انه لا يجوز اذا عين هذه القرية والله اعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بال تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال الزنبيل ايضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كعينة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر (او ثمر نخلة بعينها) او بستان بعينه (لانه قد تعتبر آفة تقتنى قدرة التسليم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرايت لو ذهب مرة هذا البستان بم يستحل أحدكم

ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح) ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذ لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجواب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو ثمر نخلة بعينها لانه قد يعتبر آفة فلا يدور على التسليم واليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال وأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم

الروايات عنهم والاصح ما روى عن محمد أنه مقدر بالشهر لانه أدنى الاجل وأقضى العاجل وقال المصنف الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط بمقتضى فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدرا نصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بجملة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصح المصنف الاول لانه مروي عن محمد ولانه مأخوذ من مسألة الهين وهي ما اذا حلف لبيع دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في عينه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدره فيتعذر الا بقاء قال (وقدمر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بآباء بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقدمر عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أضافي بيع العين بالعين لانه لا يبيع ايس بمكياله ولا بجازفة يبيع الحنطة انما يجوز على أحد هما والصحيح الاول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا يبيع مجازفة ثم لا بد (ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع) والحديد والخرف (فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا في قرب الماء فيمبارى عن أبي يوسف للتعامل فيه) فانه اجازة وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قرية من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القرية وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة انه لا يجوز اذا عين هذه القرية والله اعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بال تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال الزنبيل ايضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كعينة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر (او ثمر نخلة بعينها) او بستان بعينه (لانه قد تعتبر آفة تقتنى قدرة التسليم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرايت لو ذهب مرة هذا البستان بم يستحل أحدكم

نابذة في حق من قدور على التسليم وفي حق من لم قدور لو كانت شرعيته دفعا لحاجة المفا ليس لاختص بحالة الافلاس قلنا شرعيته دفع حاجة المفا ليس والافلاس أمر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقةه والشرع في هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب الظاهر الدال على الحاجة لكيكتنا تعليق الحكمة به والبيع بالخسران دليل الحاجة وتظيره اقامة السفر مقام المشتق و اقامة النكاح مقام الماء في النسب (قوله فبق على الماني) وهو قوله عليه السلام لا يبيع ما ليس عندك والاجل أدناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف لبيع دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام كالاجل في شرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المجل ما قبض في المجلس والموجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما أكثر من نصف يوم عادة (قوله وقدمر من قبل) أى في أول كتاب البيوع (قوله مما ينكبس بالكبس) أى يمتلى جدا اذا بولغ في ملئه (قوله واليه أشار النبي عليه السلام حيث قال

السلم في عمر فلان آمن ثم حائط فلان فلا رأي تلو أذهب الله التمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاه في كونه منه غلبه الصلاة والسلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في عمرة (٢٢٠) قرية بعينها وقوله مال أخيه أراد به رأس المال أي لم تحصل الثمرة فبأي طريق

مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمرا في بخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا ببيع شرائط

مال أخيه) فان معنى هذا أنه لا يحق بهذا البيع ثمانان لم يخرج هذا البستان شيئا فبأي بيع غير هذا البستان غير والا فبأي بيع يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فان احتمال أن لا يثبت في الاقليم برمتي ضعيف فلا يبلغ الغر والمنايع من الصحة فيجوز زف هذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقا والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أمافي السلم فاقصد منه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في ثلث الحديقة الخسل فلم يطلع شيئا فإراد المسلم إليه أن يمنع من الثمن الذي كان أخذه وقال إنما الخل هذه السنة حديث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من ثلث شيئا قال لا قال بم يستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعث من أخيك ثمرا فاصابته بجائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا تأخذ من أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلا على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضا وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (لبيان الصفة) لالتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشمرا في والبساخي) بخاري وهي قرية حنطتها جديدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لا يراد بخصوص البساتين هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكمله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قمع الصعيد والذي في الخلاصة وذ كرمعناه في المجتبى وفي غيره ولو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو اسباج لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذ كرمشروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها إذا إضافة تخصيص البقعة فيحصل السلم في موهم الانقطاع بخلاف إضافة لثوب لانها البساتين الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم اليه في ثوب هر وي ثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهر وي يعني من صفته وموثته يجبر وب السلم على قبوله فظهر ان المنايع والمقتضى العرف فان تعرف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا يبينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لالتعيين المكان كالخشمرا في فانه بذ كرم اقليم الجوده لا يغسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا ما أسلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حدد بثقة قبل حدودها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت الحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا ببيع شرائط) تذكري في العقد وأما عندهما فهي الجنس الاولى ولا شك أن السلم شرطا غير هراة ولكن لا يشترط

أرأيت أي أخبرني لو أذهب الله التمر بم يستحل أحدكم مال أخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في عمر حائط (قوله ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا) أي لبيان أن صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط وإذا أسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن أيدي الناس فلا خصوصية فيه كالأسم في طعام قراح بعينه قبل لم يرد هذا هراة خراسان وإنما مراده قرية من القرى تسمى هراة وطعام تلك القرية يتوهم أن تصيبها آفة لها ما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق والشام سواء وان أسلم في ثوب هر وي فلا بأس به ومن أحجابه ان يقول بان الثوب الهر وي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجواز قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا

يحل رأس المال للمسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية

بعينها لبيان الصفة أي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي

هي السلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة

كالخشمرا في بخاري والبساخي بفرغانة جاز العقد

فان تعيين الخشمرا في ليس باعتبار أن تكون الحنطة

منه ليس الابل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة

حنطة الخشمرا في وعلى هذا

ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة

وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني

دون الاول فان نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم

فيه لالتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على

صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو

بغيرها يسمى هرويا وإذا أتى المسلم اليه بثوب نسج

على تلك الصفة في غير هراة أجبر وب السلم على القبول

بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة

والنات في غيرها لا ينسب إليها وان كان تلك الصفة

فمكان تعيينها للمكان وهو موهم الانقطاع حتى لو

كان لبيان الصفة عاد كالاول قال (ولا يصح السلم عند

أبي حنيفة إلا ببيع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود بيع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على

خسة طالما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم

جنس

سقية أو بخسية والبخسى خلاف السقي منسوب الى البخس وهى الارض (٢٢١) التى تسقى بها السهائم لانها مخبوسة الحظ من

الماء وصفة معلومة جيدة
أورد يشته ومقدار معلوم
عشرين كرا بكيل معروف
أو عشرين رطلاً أو أجل
معلوم والأصل فى ذلك من
القول ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم من أسلم
منكم الخ ومن المعنى الفقهي
ما بينا أن الجهالة فيه مقضية
الى التزاع فاما المختلف فيه
(فعرفة مقدار رأس المال
ان كان مما يتوقف على
مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان
الذى يوفيه فيه اذا كان له
جبل) بفتح الحاء (ومؤنة)
ومعناه ماله نفعل يحتاج فى
جمله الى طهر أو أجرة جمال
فهذان شرطان لأصحته عند
أبي حنيفة وهو المروي عن
ابن عمر رضى الله عنهما
خلافاً لما قال فى المسئلة
الاولى ان المقصود يحصل
بالاشارة فاشبهه الثمن
والأجرة يعنى اذا جعل المكيل
أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة
فى الاجارة واشير اليهما جاز
وان لم يعرف مقدارهما
فكذلك ينبغي ان يكتفى بالاشارة
فى رأس المال بجامع كونه
بدلاً وصار كما اذا كان رأس
المال ثوباً فان الاشارة فيه
تكتفى اتفاقاً وان لم يعرف
ذوعه ولا بى حنيفة جرحه
لأنه لم يوجب جرحاً لبعضها
ولا يستبدل فى المجلس فلو لم
يعلم قدره لا يدري فى كبري

جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا
جيداً أو ردياً (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلاً بكيل متر وف وكذا وزن (وأجل معلوم) والأصل فيه
ما روينا والفقهاء ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون
والمعدود (وتسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان له جبل ومؤنة)

لصحة السلم إذ كره فى العقد بل وجودها وشرائط جع شرطة فقول بعضهم فى بعض النسخ سبع وهو
الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديره شرطاً وكل وارد على اعتبار
خاص والمعرف من النسخ ليس الا المشهور وسبع شرائط جنس معلوم كطنة شعير ونوع معلوم كسقية
وهى ما يسقى بها (أو بخسية) وهى ما يسقى بالمطر ونسبت الى البخس لانها مخبوسة الحظ من الماء
بالنسبة الى السقي غالباً (وصفة معلومة كجيد ردي) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا
كيلاً بكيل معلوم) فهذا أثره يشترط فى كل من رأس المال والسلم فيه ففى ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز
كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (والخامس
أجل معلوم) والأصل فيه أى فى اشتراط هذه الخصال ما روينا معنى قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم
منكم الحديث نص على شرطى القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقى الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط
المنافى للمنازعة وقوله (والفقهاء ما بينا) يعنى قوله ولان الجهالة مقضية الى المنازعة (و) السادس (ذكر
مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعنى تنقسم أجزاء المسلم على أجزائه وهو
أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط فى قدره احتراز عما اذا كان
ثوباً لان التزاع وصف لا يتعلق العقد على مقداره وعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى
ثوباً على انه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحيط عنه شئ من الثمن والمسلم فيه
لا ينقسم على عدد الذراعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شئ فى جهالة قدر الذراعان لا تؤدى الى جهالة
المسلم فيه وهما المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدى الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط فى المسلم فيه
اتفاقاً فصار أحد عشر شرطاً والثاني عشر تسمية مكان الايقاع وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا
يشمل البدلين احديهما على الزبالان انفراداً أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر
أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم فى الدراهم والدنانير وتقدره وفى التبرير وايتان والخامس
عشر اعقاد الثمن على قول أبى حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لاجل اعلام قدره (و) السابع
(تسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حل ومؤنة) أى اذا كان نقله يحتاج الى أجرة ونحوه

ضعيف قالوا به قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح فى الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس
المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهراة وما يشترط على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو
بغيرها يسمى هراة وبما عجزه الزندنجى والودارى والى هذا أشار فى الكتاب فقال الثوب الهراة من الثياب
بتمزلة الحنطة من الحبوب يعنى بهما ذابيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ما تنبت بارض هراة حتى
أن الثابت فى موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعييناً للمكان وذلك توهيم
انقطاعه قال مشايخنا ان نسب الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد أيضاً كالخشمع ان
بخارافانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ما ينبت بتلك القرية فكأنه قال فى حنطة جيدة السقي
ما يسقى سقياً جيداً يعنى مفعول البخس بخلافه منسوب الى البخس وهى الارض التى يسقى بها السهائم لانها
مخبوسة الحظ من الماء (قوله والأصل فيه ما روينا) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم الى آخره والفقهاء
ما بينا وهو قوله ولان الجهالة فيه مقضية الى المنازعة (قوله ومعرفة مقدار رأس المال) اذا كان يتعلق العقد

وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئاً يوارى بما يجده بعض ذلك ثوباً ولا يستبدله فى
مجلس الرد فيه طائل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم فى كم انتقض السلم أو فى كم تبقى وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق

فَكَذَابًا يَسْتَلْزِمُهَا وَقَوْلُهُ (أَوْ يَمَّا) وَجْهٌ آخَرٌ لِفُسَادِهِ وَهُوَ أَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ (قَدِ اعْجَزَ عَنْ تَحْصِيلِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَلَيْسَ لِرَبِّ السَّلَامِ حِينَئِذٍ الْأَرَأْسُ مَالَهُ) وَإِذَا كَانَ بِجَهْلِ الْمَقْدَارِ تَعَذَّرَ ذَلِكَ فَانْ قِيلَ (٢٢٢) ذَلِكَ أَمْرٌ مَوْهُومٌ لَا مَعْتَبَرُ بِهِ فِيمَا بَنِيَ عَلَى الرِّخْصِ أَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ (الْمَوْهُومَ فِي هَذَا

وقال لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسئلتان ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاحرة وصار كالثوب ولا في حنيفته
ربما يوجد بعضهما في الآخر فلا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل
المستلم فيه فيحتاج الى ذكر رأس المال والموهوم في هذا العقد كالتحقق لشرع مع المنافي بخلاف ما اذا كان
رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقدار.

لثقله (وقال لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معيناً) يقبضه دفعة (ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان) خلافيتان بينهما وبينهما (لهما في الاولى) ويقول لهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالاشارة) الى العين الثمن المجل فافقوا عن اعلام قدره وصار كثر من المبيع المجل والاجرة المجلية في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكذا رأس المال الذي لا ينقسم فيه المسلم عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كميته ذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقهاء من العصاة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجماع أنه عوض تناوله عقد السلم ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع انقضا وجهالة رأس المال مؤد اليسه وما يؤدي الى المحتنع شرعا تمتنع شرعا بان تأديته اليه أنه ربما ينفق رأس المال كمينه فله المحتاجون فربما يظهر فيه زبوف فيختار الاستبدال به وردده وقد يكون أكثر رأس المال زبوا فانه اذا رده واستبدل به في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لا لأنه لا يحيز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكمل معلوما لم يدري كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (استرحم مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما شرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو اذهب الله ثمة هذا الخاطئ لم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا طهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال بخلاف ما يسمى عددا من الثروعان فيه فوجده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان فالقلا يمتنع من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالحيوان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسح لغوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا اعتبارا لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتملا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد

على مقدار احتراز به عما إذا كان رأس المال ثوبا لان النزع وصف لا يتعلق العقد على مقدار ما اعلام
الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة
ولو وجده تسعة لم يحيط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان
الاصناف لا يقابلها شيء من الثمن فجهاالة قدر الذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد
العقد (قوله فاشبه الثمن) بان يقول اشترى بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها والاجرة بان يقول استأجرت
بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها (قوله وصار كالثوب) بان يقول أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان (قوله
فالقول يعلم قدره لا يدري في كم بقي) فان قيل في هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أكثر وذلك لان وجود بعض رأس
المال زوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل أن لا يجدر بقاؤه والظاهر وبعدها حودا لم يحتتمل وبعدها ترك

العقد كالتحقيق لشرعه
مع المنافي) إذا القياس بخالفه
الأثرى أنه لو أسلم بمكيال
رجل بعينه لم يجز له توهم
هلاك ذلك المكيال وعوده
إلى الجهالة لا سيما على قول
من اعتبر يوم قبيل في
هذه اعتبار للنازل عن
الشبهة لأن وجود بعض
رأس المال زوفا فيه شبهة
لاحتمال أن لا يكون كذلك
وبعد الوجود الردي محتمل
فقد لا يرد وبعد الردي ترك
الاستبدال في مجلس الردي أيضا
محتمل والمعتبر هي دون
النازل عنها فالجواب ما تقدم
أن المعنى من الموهوم هو
ذاك وقيل بل هذه شبهة
واحدة لأن كلامها مبني
على وجوده زيفا والأثر
أظهر (قوله بخلاف الثوب)
جواب عما فاسده عليه من
الثوب وتقرر به أن الثوب
لا يتعلق العقد على مقداره
(لأن النزع) في الثوب
المعين (صفة) ولهذا هو جده
وأنداع على المسمى سلم له
لزيادة ضمانا ولو وجد ناقصا
يخط شيئا من الثمن وقد
تقدم وليس كلامنا في ذلك
إنما هو فيما يتعلق العقد
على مقداره فكان قياسا مع
الفاوق ولم يحسب عن الثمن

والاحرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا يفسخان برد الثمن والاحرة وتترك الاستبدال
في مجلس الرد ومن فروق الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ماذا سلم ما تفي كره خطه وكوشعير ولم يمين رأس مال كل واحد منهما فانه
لا يجوز عند أبي حنيفة ترجحه الله لان المائة تنقسم على الخطه والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفة الحظر فلا يكون مقدار رأس مال كل

واحد منهما معلوم وعندهما يجوز لان الإشارة الى الغين تكفي لجواز العقد وقد حدثت أو أسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما إذا كان بجهد ولا يطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصته الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصته الآخر وعندهما يجوز لوجود الإشارة وقال في المسألة الثانية ان مكان العقد يتعين للإبقاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كافي ببيع حنطة بينهما فان التسليم (٢٢٣) يجب في موضع العقد ولأنه لا يترجى

مكان آخر لعدم ما يترجى وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر

فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يترجى وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغيب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما ابايع طعنا وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله أن المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فلا خيار له ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد ولو تعين لبطال العقد ببيان مكان آخر كافي ببيع العين فان من اشترى كرحنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشترافا في المصرا وخارجه بحسنه أو بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في التسليم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيداً لم يذكر في التعليق ومثله بعد انقطاعا وعين

ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما وأسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يترجى مكان آخر فيه

فيه أيضاً ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة آجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف ونارة بان السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسبة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهر واستحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال بل بعينه لا يعرف مقدار ولا احتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (إذا أسلم في جنسين) كسكرحنطة وكركشعير عشرة مثلاً (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودراهم في جنس واحد كبر أو أسلم تمر وحنطة معينين في كذا منان من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطال العقد في حصته ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصته الآخر من السلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً ولهما في المسألة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للإبقاء (لو جرد العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره وخاصة أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفقود على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كائنصرافه الى غالب نقد البلد ما لم يسمي نقد غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيها معاً فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو لادعاء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يترجى فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا

الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لان كلامها مبني على وجوده زيفاً فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كالتحقق لشركه مع المنافى هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأنه يبيع المعلوم ألا ترى أنه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك الموهوم في تمر حائط بعينه وكيف اعتبر تروهم الهلاك في مكيال رجل بعينه (قوله ومن فروعه) إذا أسلم في جنسين (أي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما) بان أسلم مائة درهم في كركشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائتين على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزر والظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوماً حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال ينقسم عليه ما على السواء أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما بان أسلم دراهم ودنانير في كركشعير ولم يعلم وزنه أو لم يعلم وزنه الآخر لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط عنده فاذا لم يعلم أحدهما بطل العقد في حصته فيبطل في حصته الآخر لجهالة حصته الآخر ولا لاتحاد الصفقة (قوله ولهما في الثانية) أي في

المعارضة بان التعيين بالدلالة فإذا جاء به شيء بخلافها بطلها وانما فسدت في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحل فليس بصفقة في صفقة ولا في حنيفة فخرجه الله ان المسلم ساهمه غير واجب في الحال لا اشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليم غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتاً على طبق سببه وانما يستحق تسليمه بنفس الالتزام لسكونه مؤجلاً بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعها قال أبو حنيفة (قوله لان العقد الموجب للتسليم) أقول والظاهر عندي أن المجمع على دليل واحد لا مدعى إذا لم يتم أحدهما بالآخر فليتدبر

فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا يبي حنيقة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تغضي الى المنازعة لان قيم الاشياء

أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما إذا اشترى كراو شرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشترى في المصر أو خارج أجيب بالفرق بان المشتري يملك العين بمجرد شرائها فإذا شرط جلا فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم يحى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستأجرا معافوه وصفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فأيضا يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر فعمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وآجرا أو ردا أيضا في الفوائد الظهريه عن محذره الله ما يدل على عدم تعيينه فإنه قال في رجل باع طعاما او الطعام في السوادان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خواهي الخطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لا فضائه الى المنازعة لان المشتري بطالبه بالتسليم في أقرب الاماكن والبائع يسلم اليه في الابعد وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين أجاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمه البائع وهو حاضر في مكان العقد فالبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولا يبي حنيقة أن التسليم) في السلم (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في

المسئلة الثانية وهي بيان مكان الايفاء لاحتياج اليه عندهما ولكن اذا شرطاه صرح وان لم يشرطاه يتعين مكان العقد للتسليم لجود العقد فيه أولا لانه لا نزاع به مكان آخر فيه أي في كونه مكان العقد فان قيل لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر كفي بيع العين فانه لو اشترى كرا حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه في المصر أو خارج المصر اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه والمسئلة في الذخيرة قلنا لما عين مكانا آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذي كدنا عينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير أن هذا الشرط يفسد ببيع العين لان المشتري يملك العين بالشراء فإذا شرط عليه جلا ردا فقد اشترط عليه عملا في ملكه مع ما اشترى العين منه ثم يحى الثمن بازاء ذلك كله فصار ما يقابل الحمل اجارة فيصير صفقة في صفقة فيفسد بالشرط الفاسد ووب السلم لا يملكه عيننا قبل القبض فيكون النقل الى مكان آخر عا لامن البائع في مال نفسه فلا يصير واجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا وفي الفوائد الظهريه فان قيل لم قلتم بان في البيع يتعين مكان البيع مكانا للتسليم والدليل على أنه لا يتعين ما روى عن محذره الله في رجل باع طعاما او الطعام في السوادان كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم كان له الخيار قلنا مكان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمه المسلم اليه وأنه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في المكان الذي استحق تسليم الثمن وفي السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فليس يستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان أيضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر) يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث انه كالم مزاحم لهذا المكان مكان آخر لم مزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ماسيأتي من الزمان ويحتمل أن يراد مكان العقد فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي رحمه الله (قوله فصار كالقرض والغصب) فان التسليم فيها يجب في مكان تحقق القرض والغصب (قوله لا يبي حنيقة رحمه الله) أن التسليم غير واجب في الحال في السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول

أرأيت لو عقد العقد السلم في السفينة في البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تغضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم بطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفقة في اختلاف القيم باختلافها لا بد من البيان

(قوله قال أرأيت لو عقد العقد السلم الخ) أقول ناظر الى قوله ولا يبي حنيقة يعني قال أبو حنيقة أرأيت الخ

تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عندهم بوجوب التحالف كافي الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاحرة والقسمه وصورته انهما اذا اقتسمنا دارا وجعلنا مع نصيب أحدهما شيئا له حل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح أنه يشترط اذا كان مؤجلا

الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قال من أن وجود العقد الموجب للتسليم بوجوب تعيين مكانه بل العقد بوجوب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعيين مكانه (فاذا لم يتعين فالجهالة تغضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان المسلم يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحل وترفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحقاقه بالامر في تعيين اول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى أن قوله ان تسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما ارد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فلاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحقاقه بالاستعمال والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم والثمن في ان تعيين محل النزاع لان بأحنية في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه ايضا كما سبذ كره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فالانعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقتضيه قبل الافتراق لنفي الكالتي بالسكالي فلو عقدا السلم ومشيافر سخا ثم سلمه اليه قبل أن يفارقها جاز وقوله للموجب للتسليم وجوب التسليم وجوبه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن بوجوب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الاسميها (قوله وعن هذا) أي وعن كون المكان بوجوب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه بوجوب التحالف عندهم كالأختلاف في صفة الثمن أو الثمن فان اختلف الصفة بوجوب اختلاف القيمة فهو كذا اذا اختلف في جود ته وردها ته وقيل على عكسه أي لا بوجوب التحالف عندهم بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحققان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها بوجوب التحالف فالاختلاف فيه بوجوب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حل وهو مؤجل في بيع العين (والاحرة) بان استأجر دارا مثلا بماله حل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمه) فيما اذا اقتسمنا دارا وجعلنا مع نصيب أحدهما شيئا له حل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا

الاجل وعند ذلك لا يدري أنه في أي مكان يكون ثم قال أو رأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجنة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقوله عاقل (قوله وصار كجهالة الوصف) يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار كجهالة المكان التسليم كجهالة الصفة (قوله وعن هذا) أي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كافي الصفة أي الاختلاف في صفة الثمن أو الثمن بوجوب التحالف وفي كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في حق بيان التحالف وقيل على عكسه أي لا بوجوب التحالف عندهم وعندهما بوجوب لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيهما بوجوب التحالف بالاجماع فيجب أن يكون ههنا كذلك وعند أبي حنيفة رحمه الله تعيين المكان لمسلم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا بوجوب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل بان باع عبدا بغير موصوف في الفضة الى أجل يشترط بيان مكان الايقاع لغير عنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاحرة بان استأجر دارا أو دابة بماله حل ومؤنة دينافي الفضة عنده يشترط بيان مكان الايقاع وعندهما يتعين

(وعن هذا) أي عما ذكرنا
ان جهالة المكان كجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان بوجوب التحالف) عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أي لا بوجوب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما بوجوب بيان تعيين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعندهما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا بوجوب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاحرة والقسمه وصورته انهما اشترى شيئا بمكيل أو موزون موصوف في الفضة يشترط بيان مكان الايقاع عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل أنه لا يشترط بالاتفاق والاول

أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لأن الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة بشرط بيان مكان الايقاع عنده خلافاً لما يرى في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقسم داراً أو أحداً حدهما أكثر من نصيبه والترقي في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة بشرط عنده بيان مكان الايقاع خلافاً لما يرى في مكان القسمة (٢٢٦) قال (ومالم يكن له حمل وموئنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقاع الخ) قد تقدم

وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايقاع قال (ومالم يكن له حمل وموئنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقاع بالاجماع) لأنه لا يختلف قيمته (وبوفيه في المكان الذي أسلم فيه) قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكري في الاجارات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عيننا مكاناً قبلي لا يتعين لأنه لا يقيد وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصير فيما له حمل وموئنة يكتفي به لأنه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايقاع) (قوله) ومالم يكن له حمل وموئنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في مكان من الزعفران كثيرة تبلغ اجمالاً وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايقاع عندهم وهو الأصح من قول الشافعي (وبوفيه في المكان الذي أسلم فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه إذا كان مما يتأق التسلیم فيه ومالابان أسلم اليه درهم في مركب في البحر أو جبل فانه يجب في أقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكري في الاجارات من أصل المبسوط (وبوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح) والأصح من قول الشافعي أيضاً (لأن الاماكن كلها سواء) اذا الملية لا تختلف باختلاف الاماكن فيها لا حمل له ولا موئنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله موئنة فان الخططة والحطب يوجد في مصر والسودان يشترى في مصر باكثر مما يشترى في السودان (ولو عيننا مكاناً قبلي لا يتعين لأنه لا يقيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الأصح وبه قال الشافعي وأجرحه في التحفة (ثم لو عيننا المصير فيما له حمل وموئنة يكتفي به لأنه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصير الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصير عظيمًا فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين لأنه مغض إلى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله إلى منزله لا يخبر فيه ولو شرط الجلب إلى منزله ابتداء قبل يجوز استحساناً وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل إنما لا يجوز قياساً اذا شرط الايقاع في موضع ثم الجلب إلى منزله أو ما لو شرط الايقاع في منزله فيجوز قياساً واستحساناً وفي بيع العين ولو شرط على البائع في المصير أن يوفيه إلى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصير مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى ما مائة عام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان موضع الدار لا يفي بموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما داراً أو شرط أحدهما على صاحبه شيئاً له حمل وموئنة لزيادة غرس أو بناء في نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الايقاع لجهة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة للايقاع ومالم يكن له حمل وموئنة كالمسك والكافور ولا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقاع بالاجماع وقيل ماله حمل وموئنة هو ما يكون بحال لو أمر انساناً بحمله إلى مجلس القضاء لا يحمله مجاناً وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله إلى المؤنة كالخططة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور

بيان ماله حمل وموئنة فيعلم من ذلك مالم يكن له حمل وموئنة وقيل مالم يكن له حمل وموئنة هو الذي لو أمر انساناً بحمله إلى مجلس القضاء لجه مجاناً وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة وانفة واعلى أن بيان مكان الايقاع فيه ليس بشرط لجهة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايقاع فيه روايتان في (رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل) يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكري في الاجارات (وبوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح) لأن الاماكن كلها سواء اذا الملية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه (قوله) ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب لمتعين باعتباره فلو عين مكاناً قبلي لا يتعين لأنه لا يقيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماله بتغيره باختلاف الاماكن وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد بسلام سقوط خطر الطريق ولو عين المصير فيما له حمل وموئنة

فيما

يكتفي به لأن المصير مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من أنه لا يختلف قيمته باختلاف الجهة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجر والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصير عظيمًا فلو كان بين جوانبه قال المصنف (لا يختلف قيمته) وبوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل (قوله) وقيل في ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجر والقسمة) أقول لا يخفى عليك

مثل فرسخ ولم يبين ناحيته منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه يدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا فترقا كذلك ففسد اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكائي بالكائي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والسلاف ينشأن عن التجيل واليه عليه وسلم عن الكائي بالكائي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والسلاف ينشأن عن التجيل والسلم فيه أجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه (٢٢٧) الاسم لغة كالصرف والسكفة والحوالة

فما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكائي بالكائي وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والسلاف ينشأن عن التجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أولا حدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم كذا في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صافيا بلا يجوز وأخذ الكراء وان شاء رده اليه ليس له في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا لتحقيقه أن قبض رأس الما قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان) رأس المال (من النقود فلانه) ولم يقبض (افتراق عن دين بدين) لانهم لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصدة عنه (وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكائي بالكائي أي النسبة بالنسبة الا أن مال كاره الله يجيز التأخير ويقول اذا لم بشرط التجيل لا يخرج به الى الدين عرفا وبقوا لما قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس لا يشترط تجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل يبيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعتبار مقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والسلاف في كذا ينشأ عن تجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها الوفرضا فرضا أنها صارت اعلاما فاصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التجيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا الفرض افلاس واحتاجته الى العدة فلا فاسه فيقلب فيه ليقدر على تحصيل السلم فيه لاجل (و) لهذا أي لا يشترط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أولا حدهما (لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي

قوله (وان كان عينا) كالشوب والحيوان فلان السلم أخذ عاجل بأجل فيشترط كون أحد البدلين فيه مجعلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا لكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والسكفة فان هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضى أسامها لغة فكان ينبغي أن يشترط افتراق القبض بالعقد فانه أتم ما يكون من التجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تبسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجزى عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا (قوله ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط) ايضاح لاشترط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد - حقق لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افترقا بعد القبض ثم أجاز المالك مع العقد وان كان الاستحقاق يمنع المالك لأن امتناع المالك ليس بقضية السبب فان العين يفيد فائدته لان العقد يفسخ عند الرؤية اذ اراد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ قبل فيه اشكالان

بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا عن غير قبض (قوله وهذا وجه الاستحسان) قول أشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جوازه الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المغاورة كلام كالا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا عن القبض نفسه لان تمامه

أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لا سبيل إلى الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التهمة وقال لا يفسد به السلم وإلى الثاني لا تتفاء التقریب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجيباً والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك المستصنع خيار الرؤية والجواب عن الأول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطراداً ويجوز أن يعود (٢٢٨) إلى رأس المال وهو ان كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يعيدوان كان عينا وجب ان

لا يطيد لأفضائه إلى التهمة وعن الثاني اننا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بنتمام الصفقة وتتمامها بنتمام الرضا وهو موجود وقت العقد (ولو أسقط) وبالسلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخالو ما أن يكون رأس المال قائماً أولاً فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا تمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الأول جائزاً خلافاً

لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لفرق قال (وجله الشرط جعوهها) جمع المشايخ جله شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تجليه والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تجليه يعني إلى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الإبقاء كما مر وفي القدر على تحصيله وهو أن لا ينقطع كباينا (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول فيه

وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفسد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جازاً خلافاً لزفر وقد مر نظيره (وجله الشرط جعوهها في قواهم اعلام رأس المال وتجليه واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإبقاء والقدر على تحصيله) حنفية طاهر فانه وان خرج البديل عن مالك لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قوله ما هو ملك مترز لانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه معني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقاً لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه بل جازاً اجازه المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه المالك ليس بقضية السبب بل السبب وحده مطاعاً لا مانع فيه سوى تعلق حق الغيب وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت اجازه بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعاق بالشرط معسوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خياراً للبايع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذا تده خيار الرؤية ترد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاددين كما كان لانه لم يرد عيناً متانوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤيته ذكره في السكنى ولا يشك بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما ياتي به يفسخ لاننا لا نسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كباينا وأما خيار الرؤية في رأس المال فصح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التهمة وهذا اذا كان عيناً مثلاً أو قيمياً (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بنتمام الصفقة وتتمامها بنتمام الرضا وهو تمام وقت العقد (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جازاً) السلم (خلافاً لزفر) وانما قيد بقيام رأس المال لان حاله أسقطاه بعد انفاقه واستهلاكه لا يعود صحته انما فانه بالاهلاك صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال هو دين وذلك لا يجوز ولا يجوز في ابتداء العقد ولانه لا ان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً وقول الشافعي ومالك كقول زفر (وقدم نظيره) في باب المبيع القاسد وهو ما اذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجله الشرط جعوهها إلى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه

السبب وحده طلقاً لا مانع فيه وانما يمنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا أجاز المالك تحققت اجازه بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد اذا فاده الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاددين كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبرده يفسخ العقد فكان مفيداً ولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقال ذكر الوصف على الاستقصاء في السلم فيه مقام الرؤية (قوله وقد مر نظيره) وهو ما اذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل (قوله اعلام رأس المال) أي قدر رأس المال في المكمل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدره او جنسه او صفته والقدر على تحصيله بان كان موجوداً من حين العقد إلى حين

فان (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد) لا اجتماع شرائط ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا اسلم وقع صحها ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لا يبيعا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا نرى انهما لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقذ صحها

وقدره وتجيله تم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقد مختلف المالبية متساوية في الرواج كقوانا عدلية أو غطرية فان لم تختلف وتساوت رواج يعطيه من أيها شاء ولو تفرقت رواج انصرف الى غالب نقد البلد كفي البيع وينبغي في دارنا اذا سمي مؤيدية يعطيه الاشرقية والحقمة لتعرف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالبية والراج واعلام المسلم فيسهل يشتمل على مثلها خلا التجيل وتاجيله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بحزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمنا من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وان تقدر رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلاها وان لا يشتمل الدين احدي عاتى الى باوعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشرط لم يتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقد مائة أن السلم في حصة الدين باطل لغوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لفرجه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة القبض في صحة النقد فهو شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ ولا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقاً بان قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً مان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيه ما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنها حينئذ هازلان بالبيع حيث عقداً ببيعاً بلان بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

المحل (قوله مائة منها دين على المسلم اليه) انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للنقد فوجب فساد الكل (قوله ولا يشيع الفساد) وهذا الاشكال على قوله ما لان الفساد اذا تمكن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فشك لان اذ ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر أيضاً عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطاً لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في مجلس شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في ذاته فمستدق صحها فلهذا المعنى اختلفا وقيل هذا اذا أسلم مائتين مطاعاً تقاسم المائة بمائة عليه فاما اذا قال أسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطاً في الباقي فيبطل الجميع والصحيح أن الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم من مقتضى عاقل ثلاث أحدها أن الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بمائة الكبر وبمائة الدراهم فهدى في المساكين صدقة فباعه بمائة يحنث ويلزمه التصديق بالكبر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية أن الرجل اذا باع ديناراً بعشرة ففسد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوباً بالبيع فاسد والثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان أن لادين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقيد سواء لحاز العقدان ولما حث في المسئلة الاولى قلنا أما الاولى

فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد) لا اجتماع شرائط ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا اسلم وقع صحها ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لا يبيعا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا نرى انهما لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقذ صحها

وقدره وتجيله تم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقد مختلف المالبية متساوية في الرواج كقوانا عدلية أو غطرية فان لم تختلف وتساوت رواج يعطيه من أيها شاء ولو تفرقت رواج انصرف الى غالب نقد البلد كفي البيع وينبغي في دارنا اذا سمي مؤيدية يعطيه الاشرقية والحقمة لتعرف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالبية والراج واعلام المسلم فيسهل يشتمل على مثلها خلا التجيل وتاجيله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بحزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمنا من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وان تقدر رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلاها وان لا يشتمل الدين احدي عاتى الى باوعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشرط لم يتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقد مائة أن السلم في حصة الدين باطل لغوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لفرجه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة القبض في صحة النقد فهو شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ ولا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقاً بان قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً مان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيه ما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنها حينئذ هازلان بالبيع حيث عقداً ببيعاً بلان بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

المحل (قوله مائة منها دين على المسلم اليه) انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للنقد فوجب فساد الكل (قوله ولا يشيع الفساد) وهذا الاشكال على قوله ما لان الفساد اذا تمكن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فشك لان اذ ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر أيضاً عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطاً لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في مجلس شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في ذاته فمستدق صحها فلهذا المعنى اختلفا وقيل هذا اذا أسلم مائتين مطاعاً تقاسم المائة بمائة عليه فاما اذا قال أسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطاً في الباقي فيبطل الجميع والصحيح أن الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم من مقتضى عاقل ثلاث أحدها أن الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بمائة الكبر وبمائة الدراهم فهدى في المساكين صدقة فباعه بمائة يحنث ويلزمه التصديق بالكبر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية أن الرجل اذا باع ديناراً بعشرة ففسد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوباً بالبيع فاسد والثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان أن لادين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقيد سواء لحاز العقدان ولما حث في المسئلة الاولى قلنا أما الاولى

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال المسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم (٢٣٠)

قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية في السلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله)

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بالقبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفساد بشرط الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لعضا الى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة * وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذلك فالسكك فسد

ان لم يبين قسطاً وقسطاً * والبر في الشعيير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقيل انما قيد بالدين لان ما اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لان حنيفة اذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفساد شرطاً الى آخره قال الآن هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بان هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضاً قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرف رأس المال شرط عنده ولم يبين حصص كل منهما من السلم فيه فهى المسئلة التي قدمها المصنف تفرعاً على اشتراط معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق بالعقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال الآن على هذا لاجابة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عينين ففسد فيهما ذلك أيضاً (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أو لدفع المسلم اليه ما هو أردأ من الشرط وقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعدم ذلك (ولا تجوز الشركة) لا (التولية) مع دخولها في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعها في المسلم فيه بخلاف المراجعة والوضعية فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضعية اضرار رب السلم في بيعه وجوده مما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه فانه قريب والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه وقبل هو احتراز عن قول البعض أن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله فان تقايلا السلم لم يكن له) أي لرب السلم (أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك) أخرجه أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في

أحترزاً عن السكالي
بالسكالي فلو جاز التصرف
بالمبيع والهبة والوصية ونحوها
فان الشرط وهو معنى قوله
فلما فيه من تفويت القبض
المستحق بالعقد ولا في
المسلم فيه كذلك لانه
مبيع والتصرف في المبيع
قبل القبض لا يجوز ولا يبر
به بعده لأن القبض بعقد
المسلم كالعين المشتري
فإن المال ان كان مثلياً
جائز أن يبيع مراحته وان
كان قيمياً لا يجوز الا من عنده
ذلك الثمن (ولا تجوز
الشركة) وهو أن يشترك
شخص آخر في السلم فيه
(و) لا (التولية) وصورتها
ظاهرة وانما خصهما
بالذكر بعد ما دخل في
العموم لانها أكثر وقوعاً
من المراجعة والوضعية وقيل
احتراز عن قول البعض أن
التولية جائزة لانها اقامة
معروف فانه بولي غيره ما تولى
فان تقايلا السلم لم يكن
لرب السلم أن يشتري من
المسلم اليه برأس المال شيئاً
حتى يقبضه كله

قوله (لا يجوز التصرف
في رأس المال قبل القبض
لانه شرط صحة السلم) أقول
بمعنى ان القبض شرط صحة
السلم (قوله لقوله عليه
الصلاة والسلام لا تأخذ
الاسلمك أو رأس مالك يعني

حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الاسلمك
وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

لقوله

لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من أموالكم وأرواس مالكم) يعني خالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك (ولأنه أخذ شهما بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والمبيع يقتضى وجود المعقود عليه والسلم فيه لا يصح لذلك (لنقطة) بالاقالة (ذ) لابد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه ببيع العالم يمكن بعهذا خلف باطل (٢٣١) وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه وماذا أمكن أن يكون

الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلا يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى وأثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا لانتهاء بالابتداء أجاب بقوله (لأنه) أى لان عقد الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراط في الثاني بالضرورة فان ثبت بالنبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان لا احتراز عن الكالتي بالكالتي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض وان تأمل يغني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظر الى كونه رأس المال وجوب قبضه

لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذوا من أموالكم وأرواس مالكم أى عند الفسخ ولأنه أخذ شهما بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً بالسقوط لجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله لأنه يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه

شيء فلا يصرف الى غيره وهذا يقتضى أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا أعرفه مرفوعاً الا من هذا الوجه وأخرج الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد قلا يأخذ الا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره والتزمى بحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا عمر بن قنادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت في شيء فلا تأخذ الا رأس مالك والذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا سلمك يعني حال قيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شهما بالمبيع (١) سبب (أن الاقالة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود له كنه فصح في سلم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل السلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقد الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا

الى قوله ولا يجوز الشركة والتولية بصورة الشركة أن يقول رب السلم لا خراعطيني تصفر رأس المال حتى تكون شركتي في السلم فيه بصورة التولية أن يقول رب السلم لا خراعطيني مثل ما أعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وأنه بيع بعض المبيع قبل القبض أو بيع كله فان قيل فأي فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعدما ذكرنا الا أهم منهما وهو قوله ولا يجوز التعرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا ان أحدنا يشتري المسلم فيه مرا بجهة لكونه ديناً ولا وضعية لكونه حاضرراً ظاهرراً وانما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية أو في بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكور لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه (قوله لا تأخذ الا سلمك) أى المسلم فيه حال بقاء العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ (قوله) وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث) وهو حق الشرع وهو حرمه الاستبدال هنا وهذا التعليل لبيان أن رأس المال أخذ شهما بالمبيع وهو أن الاقالة في حق غير المتعاقدين كعقد مبتدأ وحرمه الاستبدال غيرهما وجانب السلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ اذ لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لأنه دين يسقط والسلم ثبت الدين وجانب رأس المال يحتمل جعل رأس المال مبيعاً لأنه دين ثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة (قوله لأنه لا يجب قبضه في المجلس) أى الآن رأس المال لا يجب قبضه بعد الاقالة في مجلس الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهى أنه لما ذكر أن الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطاً فيجب أن يكون قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطاً فاجاب عنه هذا وقال لا يشترط قبض رأس المال في مجلس

ولو أمر بذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهى طريقة قوله ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم * من قول من قرا ع الكتاب (قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول وهو الاقالة (قوله لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع في حق الكل) أقول فيه بل راجع الى الابتداء (قوله وهى طريقة) أقول ليس ذلك على طريقة كمال يحيى على من له أدنى سكة

وفيه خلاف زفر رحمه الله والخجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم بقبضه فضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله له ثم أكاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر

يفترق عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حل جواب المصنف على هذا بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ماشاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون (والخجة عليه ما ذكرناه) من الاثرو المعنى فهو استعسان بالاثرو مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كرخطة) وهو ستون قفيرا أو أر بعون على خلاف فيه والقفير ثمانية مكا كيك والمكول مئصاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه رب السلم بحقه بان أكافه مرة وحارة اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك بهلك من مال المسلم اليه ويوطأ به رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فأكاله له) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم أكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والقبض فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكسر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا بعقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطبله الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شرعا للمسلم اليه من بائعه الكسر والصفقة التقديرية التي اعتبر بين السلم اليه ورب السلم عند قبضه لان السلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكسر الذي اشتريته من فلان عن حقت فذهب فأكاله ثم أعاد كليه صار قابضا لان الغرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقت والمخاطب يعلم طريق صبر ورتنه قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآخر وثانيا يصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما يصير به قابضا ولغظ

الاقالة وان كان بشرط قبضه في عقد السلم لان ذلك بيع من كل وجه في حق الكيل وهذا فسخ في حق المتعاقدين وليس من ضرر ورة اشتراط القبض في البيع من وجه دون وجه وذلك لان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالى بالكالى والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالى بالكالى فلا يشترط القبض (قوله وفيه خلاف زفر رحمه الله) فانه قال يجوز والتصرف في رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهم لما اتقوا لا السلم وجبت الدراهم ديناً في الذمة فلا يكون استبدالاً برأس المال كفاي عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لو جوب القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس لاقالة وقلنا القياس جواز التصرف فيه قبل القبض الا أن القياس تركناه في السلم لما روينا وما ذكرناه من المعقول (قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل) صفقة حرت بين السلم اليه وبائعه و صفقة حرت بين السلم اليه ورب السلم (قوله وهذا هو محل الحديث) على ما مر وهو ما ذكر في الفصل المتصل باب المراجعة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين

(قوله وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا (خلاف زفر) هو قول رأس المال بعد الاقالة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فأكاله جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والخجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه (وان أمره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فأكاله له ثم أكاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الاولى صفقة السلم اليه مع بائعه والثانية صفقة مع رب السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل المتصل باب المراجعة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين

على ما ينبغي (قوله) والمسلم

وان كان سابقا (جواب عما يقال ببيع المسلم اليه مع رب المسلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي وتقرره القول بموجب العلة سواء كان قبض المسلم فيه لاحقا وقبض المسلم فيه ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا تعدي فيني فباوراه كالباع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكسب فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكسب (و) ان كان الكسر (قرضا فاسر) المستقرض المقرض (قبض الكسر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعد بلفظ الاعارة) ولولم يكن اعارة لم يملك الشيء بحسبه نسيته وهو باولها لا يلزم التاجيل في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر به المسلم بقضه يكتفي فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كرفا من رب السلم

والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكسر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعد بلفظ الاعارة فساكن المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفا من رب السلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم

الجامع يفيد ما قلناه انه لم يرد فيه على قول فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشترا فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فأجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرايته من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتبار عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق ببيع المسلم اليه بعد شرايته من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزبادان لو أسلم مائة في كرفا ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحضة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكسر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكسر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل عند القبض كائنه ما جدد اعهده او مثل هذا فبما لو أسلم موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها برث أو هبة أو وصية أو وفاة وبالسلم فساكن مرة وتجزو به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد العقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عددا والسلم في معدود فعلى الرايتين في وجوب إعادة العدي ببيع المعدود بعد شرايته عددا هذا (فلولم يكن سلما) ولكن أقرضه (فامر بقبض الكسر) ولم يقل اقبضه في حق قبضه لنفسه قبضه بان أكاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيل لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن نابتا لم تكن النسي بحسبه نسيته أو تفرق بالقبض فيه وهو باولها لا يلزم التاجيل في القرض لانه ببيع بحسبه نسيته وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرفا من رب السلم بقضه من المقرض ففعل جاز لانه ان عقد القرض مقدم مساهلة لا وجب الكيل بخلاف البيع مكيالة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفره جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله) ومن أسلم في كرفا من رب السلم اليه أن يكيله له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار وفيه ما لا يمكنه

(قوله) والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق) جواب سؤال وهو أن يقال ببيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فأجاب ان السلم وان كان سابقا قبض المسلم فيه لاحق والقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكانه ما جدد اذ كان العقد على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول دين في ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدال المسلم فيه وهو حرام وأما فيما ورأه فهو غيره حقيقة فصار بائعا ما اشترى مكيالة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعارة حتى ينعد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديره والا يلزم تعليق الشيء بحسبه نسيته فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الو كاله والدليل على أن لا قبض في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزبادان لو أسلم الى أجل مائة درهم في كرفا ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحضة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكسر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعل عند القبض كائنه ما جدد اعهده عليه

ففعّل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم) يصادف ملك الامر اذ حقه في الدين (٢٣٤) لاني العين فلا يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم

ففعّل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كولو كان عليه درهم دين فدفع اليه كيسا ليرتبه المدينون فيه لم يصرفوا بضوا لو كانت الخنطة مشتراة والمستهلكة بحالها صار قابض لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء له مشري لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يملك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا وهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعّل

أظهره لدفع الالتباس (ففعّل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالتعاقد سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاء علامته نفسه فيها فصار كولو كان عليه درهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليرتبه المدينون فيه لم يصرفوا بضوا) هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام فلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضاً لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز به فيصير به قابضاً وهو نظير ما سجد كرفي كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صانع وقال زد من عندك نصف درهم وصنع لي به ما تحتاج ففعّل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمستهلكة بحالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعّل بغيبته (صار قابضاً لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الخنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره ما لو أمره بطحن الخنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه وبعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعّل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضاً فملك (من مال المشتري لما قلنا وهذا يكتفي بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح) لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بالكيلين على ما مر قبيل باب الزبا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعّل بغيبته لم يصرف قابضا

(قوله كان الطحين في السلم للمسلم اليه) ولا يكون لرب السلم أن يأخذه لانه حينئذ يصير مستبدلا (قوله) ويتقرر الثمن عليه لما قلنا) أي ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل في فصل الشراء ينبغي أن لا يصح الامر أيضا في حق ثبوت القبض لان البائع لا يصح وكذا لا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لم يصح قلنا أمره بالطحن لا بالقبض وانما ثبت القبض حكما وجاز أن يشبث الشيء حكما وان كان لا يثبت قهرا (قوله ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح) احتراز عما قيل بأنه لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري (قوله لانه نائب عنه) أي لان البائع نائب عن المشتري في الكيل (قوله والقبض بالوقوع في غرائر المشتري) أي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري كان هذا جوابا لاشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسلما وقابضاً لان البائع صار وكيلا في امساك الغرائر فثبت الغرائر في يد المشتري بالوقوع أي وتحقق القبض

وقد جعل ملكه فيها فصار كولو كان عليه درهم دين فدفع اليه كيسا ليرتبه المدينون فيه حيث لم يصرفوا بضوا ولو اشتري من رجل خنطة بعينها ودفعت غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعّل والمشتري غائب صار قابضاً لانه ملكه بالشراء لانه دفع الامر اصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلاً عنه في امساك الغرائر فثبت الغرائر في يد المشتري حكما فوقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) توضيح لتمسكه بالبيع فزانه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعّل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتباره صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلو لا أنه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البائع نائب عنه في الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلما جواب بقوله (والقبض بالوقوع) أي وتحقق القبض

بالوقوع (في غرائر المشتري) فلا يكون متسلما وانما قال في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الزبا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعّل

لم يصير (المشتري) قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلم يصير الغراث في يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم في كربة حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غراثه اليه ليجعل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يحل للبائع من أن يجعل فيها أولاً الدين أو العين فان كان (٢٣٥) الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه

لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لاجتماع الدين والعين والغراث للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فالحقة الامر فيه وأما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ولكن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزرعه من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلا اتصاله بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فيمنع قبض البائع وهذا الخلط غير مرضي به من جهة لجواز أن يكون مراده البدء بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البائع وان شاء شاركه في الخلط لان

لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلم يتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم يصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كالموكل أو كالمستأجر) البائع (أن يملكه) ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بغيره لم يصير قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بان اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معيناً به دخل السلم فامر به أن يملك في غراث المشتري كالموكل أو كالمستأجر بغيره ان بدأ بالكرا العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فالحقة الامر فيه) لانه لا في ملكه (وأما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض أن يزرعها في أرض المستقرض ولكن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزرعه من عنده نصف دينار) ففعل بغيره لم يتم الزيادة وتقرر وبدلها عليه لا اتصال بملكه فيها (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغراث (لم يصير قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر (لما قلنا) (وأما) في (العين) فلانه يحاط مال المشتري) بحسنه من مال نفسه (يصير مستهلكاً عند أبي حنيفة فيمنع قبض البائع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعدليكون به مستهلكاً لانه بامره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لمالم يكن استهلاكاً يصير المشتري بالخيار ان شاء نقض البائع (لعيب الشركة وان شاء شاركه في الخلط) وأورد

حكماً فلو وقع بها يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغراث للبائع روى عن محمد رحمه الله أنه لا يصير قابضاً (قوله ولو اجتمع الدين والعين) بان اشترى كربة حنطة وأسلم أيضاً في كربة حنطة فاسلم فيه دين والمشتري عين (قوله وبمثله يصير قابضاً) لان القبض تارة بيده أو بتخلية منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل أليس أن الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضاً باعتباره هذا الاتصال فلم يصير قابضاً باعتباره قلنا المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصير به قابضاً (قوله وهذا الخلط غير مرضي) جواب سؤال ذكر في القوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي أن لا ينقض البائع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم يحصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الأمر قابضاً حاصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين وقال الامام فاضحاً رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله اذا كالم الدين أولاً ثم كالم العين بعده صار قابضاً للدين ضرراً واتصاله بملكه حكماً كالم العين أولاً ثم كالم الدين وعند محمد رحمه الله ان كالم العين أولاً لا يصير قابضاً لهما وان كالم الدين أولاً لا يصير قابضاً للعين دون الدين

فيمنع العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينقض البائع ان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الأمر قابضاً والذي كان ماذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البدء بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعتماد على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البائع وان شاء شاركه في الخلط لان

الخلط ليس باستهلاك عندهما قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه (٢٣٦) قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلا كمالها لم يولد تقايلا بعد هلاك الجارية

كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام العقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فاولى أن يبقى انهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردّها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قبل ان الجارية قد هلك والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الاقالة في البيع عندها كهباءه وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل درهم في كرحنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال

ابو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان ذكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت ردّي أو قال وب السلم لم يشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه قوله ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر أقول لا يخفى عليّ بخلافه يعرف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهر او دفعه باعتباره

أن صبح الصباغ يتصل بالشوب ولا يصير مالاً كما فيه شبهة أوجب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة في السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو قيام المبيع الى أن يقبض ففي السلم المبيع قصده هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه بخلاف الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة أو بعدها قبل القبض اقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردّها وقد عجز فيرد قيمتها لان القبض في السلم موجب للضمن كان فيه فصار كالغصب وفيه لو كان اشترى جارية بالف درهم مثلاً لتجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلك بعدها ولو كان البيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العرض الآخر باقياً لان كلامه ما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل في

(قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) الاصل في جنس هذه المسائل أن في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاكاً أحدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها ولا كمالها كمالها لا يمنع ابتداء وبقاء والمعنى في ذلك أن الاقالة صحيحة بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان أحدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرفت أن الثابت بالشئ لا يزول بزوال أحدهما فيكون قائماً بقيام أحدهما فتصح الاقالة وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين له ضرب من ربة على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكماً ولا يتعين مال حقيقة لانه دين ولهذا لو قال مالي في المساكين صدقة وله دين على ملي أو مقلس لا يدخل واذا كان ما يتعين شخصاً بضرب من ربة على ما لا يتعين لا بد من ابانته هذه المزية ولا يمكن ابانته حالة الانعقاد لا فتقار الانعقاد اليها فيجب ابانته حالة البقاء فبقينا العقد بقاءه فصحت الاقالة باعتباره بقاءه ابتداء وبقاء وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو العرف تصح الاقالة وان هلك أحدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء فكذلك في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبه ما في الذمة بقدر بطل بالقضاء لان الدينون تقضى بأشائها فكان كل واحد من البدين قائماً في الذمة بعد القضاء ولهذا صح الخط والبراء بعد القضاء (قوله فماتت في يد المشتري) أي المسلم اليه وانما هو مشترياً نظراً الى اشتراكية الجارية بالحنطة التي هي دين فكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله انفسخ في الجارية تبعاً) يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه

في

أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان ذكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت ردّي أو قال وب السلم لم يشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه

قوله ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر أقول لا يخفى عليّ بخلافه يعرف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهر او دفعه باعتباره

لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول بأن يشهد له الظاهر فأنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فعما لا يصبغ العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا لنسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيداً وأما إذا (٢٣٧) كان ردياً فممنوع سلمناه لكنه يخالف للحدِيث المشهور وهو قوله

عليه الصلاة والسلام البينة

على المدعي واليمين على من

أنكر وهو باطلاً

يقضي أن يكون القول

قول المنكر وإن أنكر الصحة

والجواب أن الناس مع

وفور عقولهم وشدة تحيزهم

عن الغبن في البياعات وكثرة

رقبتهم في التجارة الرابحة

يقدمون على السلم مع

استغنائهم عن المسلم فيه في

الحالة الراهنة وذلك أقوى

دليل على ربح السلم فيه

وإن كان ردياً والاعتبار

للمعاني دون الصورة

فنكر صحة الصورة وإن

كان منكر الكنه مدع في

المعنى فلا يكون القول قوله

كالمدع إذا ادعى رد البعثة

وإن انعكست المسئلة وهو أن

يدعي رب السلم الوصف

وأنكره المسلم اليه لم يذكره

محمد في الجامع الصغير

والمأخرون من المشايخ

(قالوا يجب أن يكون القول

رب السلم عند أي حنيفة

لأنه يدعي الصحة وإن كان

صاحبه منكرًا وعندهما

القول للمسلم اليه لأنه منكر

وإن أنكر الصحة (قوله

وسنقره من بعد) يريد

بما يذكره بعد بخطوط القول

رب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لأنهما استعمل للبعيد والمطابق ونقره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل

في كرحنطة فقال المسلم اليه شرط ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه) لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أي حنيفة رجحه الله لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرًا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى

هذه المسائل أهمها إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى الرجل في كره فقال المسلم اليه شرط لك ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق) وهو قول الشافعي (لأن رب السلم متعنت) لأنه بانكار الصحة تمنكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نقداً والمسلم فيه نسيئة لأن العسقل فاطبة على إعطاء هذا العاجل بذلك إلا تجل ولو لأنه يربو عليه وإن كان آجالاً تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الاستحرام بلامعارض وأما التوجيه بان الظاهر الصحة إلى آخره فيخص بأباحنيفة تشبهه في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول لا يخرج وهو محال يقولان أن القول لمدعي الصحة دائماً لعلنا لا نعلمها بظهورها في مباشرة العقد (وفي عكسه) بان ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلاً لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يقول القول لرب السلم عند أي حنيفة) وهو قول الشافعي (لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرًا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة) وسنقرر

وإن لم يصح القسح في الجارية بعد هلاكها قصد الماعرف أن ما ثبت ضمناً وتبعاً لشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها والقول في القيمة قول الماطوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فإن قيل ينبغي أن لا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية لأن الجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها ديناً في الذمة والمسلم فيه أيضاً قد سقط بالإقالة فصار بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة وذلك يمنع الإقالة هناك فكذلك هنا وذلك أنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقابلت هلاك الآخر تبطل الإقالة فلتنا في المقايضة الرد واجب بعد الإقالة وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية بمقام الجارية فلم يكن رد عين الجارية واجباً فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية بقصار بمنزلة بقاء العوضين في بيع المقايضة فهناك تصح الإقالة فيه فكذلك هنا (قوله لأن رب السلم متعنت) المراد من المتعنت شرعاً من ينكر ما ينفعه والخاص من ينكر ما يضره (قوله لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة) فإن قيل لأنسلم بل رأس المال خير وإن قل لكونه نقداً والمسلم فيه وإن جمل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك إلا أنه متروك هنا بالعرف والعادة فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك إلا لما ندرأوه وأهافيه وكان فيه الغاء من النقدية بمقابلته زيادة فائدة رأوه أفى المسلم فيه مع كونه نسيئة (قوله وفي عكسه) يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم اليه ينكر (قوله وسنقره من بعد) وهو قوله بعده بخطوط القول

به ما يذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لأنهما استعمل للبعيد والمطابق ونقره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل

المعنى والصورة كما سيجي (قوله لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه إلى قوله فأنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقدير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعاً يتم المقصود بدونه (قوله وإن كان ردياً) أقول مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رد ذمة المسلم فيه (قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول الأصوب أن يقال فالمدعى ردة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكن مدع) أقول إن له

وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاحل فان قيل لانسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يرجع على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف (بأن الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد) فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برأس المال معتبرا (٢٣٨) بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة

على خلاف مخالف لم يوجد (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقه وهو الاحل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متيقنين على الصحة طاهر بخلاف

المصنف الوحيد في تلك المسئلة التي تلي هذه (ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل لثرفيه السلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يرجع على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصوصاً فلا يكون متعنتاً وهذا لا يراد هو وجه القياس فاجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الاجل ليس متيقناً) حتى يكون انكاره انكار الصحة دافعاً لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه) وهو زيادة الربح السكاني في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق) (زيادة الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ونفع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك النقد لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعي (لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متيقنين على الصحة طاهراً) اذا اظهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المقيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجهه لا يجب نقضه ورفع شراً ولان شرط الشيء تبسعه فلا اتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار طاهر فلا يقبل وصار كالأختلاف الزوجان في التزوج بشهود أو بلاشهود فالقول لمن بدعيه بشهود (بخلاف

رب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه الى آخره (قوله والفساد لعدم الاجل غير متيقن) هذا جواب اشكال وهو أن يقال ان المسلم اليه غير متعنت في انكاره الاجل لانه برأس المال ويبقى لنفسه السلم فيه وهو أنفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم اليه متعنتاً في انكار الوصف بسلامة أكثر المالين له بهذا الانكار (قوله كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة) ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا هو الصواب من نسخة وقع في بعض النسخ شرطت لك

على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولي أن يقال ان الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى

المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه

وفساده وكانا متيقنين على الصحة طاهر الوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه

والاجل من شرائطه لم فكان اتفقا على العقد اقراراً بالصحة فانكاره بعد سماعه في نقض ما تم به وانكاره بعد مسئلة الاقرار وهو مردود بخلاف المضارب فانه ما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانه اذا فسدت كانت اجارة واذا صححت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعى للصحة مدعى للعقد والمدعى للفساد مدعى لعقد آخر بخلافه ووحدة العقد

حق النسخ (قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

والأخبر بالف وخسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول المدعى الصحة وهو المضارب كقافي السلم وهذا المحل يخص بهذا الكتاب وجهد العقل موعه

قال (وبجوز السلم في الثياب اذا بين طولاً وعرضاً ورقعة) لانه أسلم في معلوم مقسود والتسليم على ما ذكرنا (وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً لانه مقصود فيه)

مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الاقل مع عينه فان قامت بيته لم يدعي الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبيته بيته مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع عينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن أقام بيته قضى له فان أقامها فالبيته بيته المطالب لانها تثبت زيادة الاجل وهذا الاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب المخالف عندنا خلافاً لفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو قائم ما يتخالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قال الجيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتخالفان استحساناً ويبدأ بمين المطلوب عند أبي يوسف ثم يرجع وقال بمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بيته قضى بها وان قامت لهما بيته قضى بمين أقرب السلم يسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه أو على القلب واختلفا فيه ما كان رأس المال عيناً واختلفا في السلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كرخنة وقال الآخر في نصف كرا وفي شعير أو في الخنطة الردية وأقاما قضى بمين أقرب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه انه الخنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرخنة وقال الآخر في كرخنة أو في شعير وأقاما البيته قضى بالسلمين فمحمد مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو ديناراً اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه وأقاما البيته فالبين بالسلم ويقضى بالسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيه ما قال أحدهما عشرة دراهم في كرخنة وقال الآخر خمسة عشر في كرا وأقاما عند أبي يوسف ثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرخنة ويقضى بالسلمين وعند محمد يقضى بالسلمين عقد خمسة عشر في كرا وعقد عشرة في كرخنة ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر ديناراً لم يذ كر هذا وينبغي أن يقضى بالسلمين كافي الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيلياً أو زنياً أو ذريعاً ففي الكيل فأن أسلم في عشرة أفعرة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهماً لانه باع قفيزاً بثمن معلوم ولوجاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهماً فقبل جازاً أيضاً فانه اقاله في البعض فيجوز كافي السكك ولوجاء بخنطة أجود وأرد أفاعطى درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد مناه في الاردأ والاجود ويجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء باز يدبذراع وقال زدني درهماً جاز وهو يسع ذراعاً بدوهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفرداً وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بانقص فرد معه درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقاله فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصته فان بين جازاً بخلاف وكذا لوجاء بانقص وصفاً لا يجوز ولو باز يدو صفاً جازاً لكل في الاصل

الصحة ظاهر بخلاف المضاربة أي لم يتفقا فيها على عقد واحد لان الغاسد منه يكون اجارة (قوله اذا بين طولاً وعرضاً) يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصحة تورقة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة براديه غلظه وتختاته (قوله وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً) وذ كر في المبسوط واذا أسلم في الحرير ينبغي أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي أن يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربحاً ياتي وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه لم يرد به قناع الحرير وأما في الثياب فلا يشترط الوزن وذ كر شمس الأئمة رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة وفي المنتقى

قال (وبجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جاز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جسيده براد غلظه وتختاته لانه أسلم في معلوم مقسود والتسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابرسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضاً لان قبضة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذ كر الوزن وحده لان المسلم اليه ربحاً ياتي وقت حلول الاجل يقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمسرد للاحالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذ كر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة

قال (ولا يجوز السلم في الجوهر الخ) العدد الذي تتفاوت أحاده في المسألة كالجواهر واللائي والزمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا تتفاوت أحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار الأول التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن) ولا باس بالسلم في اللبن والآخر اذا اشترط فيه ما لم ينكره وقاله اذا سمي اللبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيطبق بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته (٢٤١) ومعرفة مقدار جاز السلم فيه الخ) هذه

قاعدة كلية تشتمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسهما فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفرع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكهم فليسلم في كسبل معلوم الحديث وحديث كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يباين بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالقصد معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة (ولا باس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا جتمع

(ولا يجوز السلم في الجوهر ولا في الخبز لان أحادها متفاوتة تتفاوت فاحشا وفي صغار الأول التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن) ولا باس بالسلم في اللبن والآخر اذا سمي اللبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيطبق بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقدار جاز السلم فيه) لانه لا يفضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة (ولا باس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) (قوله ولا يجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها وقيمة لانه أسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والا كسبة والمسوح والجوارق والبوارق اذا بين الطول والعرض والصناعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقيل من الثياب عرفا كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البسج باخرا في المنتقى اذا باع ثوب حريري يدايد لا يجوز الا وزنا ووزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البسج لان الإشارة يكتفي بتعريفها في البسج غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد فقران الصبرة وهو غير مانع في الطول يذ كر عدد الذرعان يجب ان يتوسط عند الذرع بين ارضاء الثوب ومدها ان كان الذراع يختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون أحدهما هو المتعارف واذ ادخل ثياب الحرير بالوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جازا فلا يذ كر القدوري أن يبيع ثوب خبز بثوب خبز يدايد لا يجوز الا وزنا كالواقي الصغر (قوله ولا يجوز السلم في الجوهر) بلا خلاف الا لمالك (ولا في الخبز لان أحادها متفاوتة تتفاوت فاحشا) في المسألة فان الجوهرين قد يتخذان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للسكحل والتداوي فيجوز وزنا (ولا باس بالسلم في اللبن والآخر اذا سمي اللبن ما لم ينكره) لانه عددي متفاوت اذا سمي اللبن وقوله (لا سيما اذا سمي الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترط سمي اللبن بل اذا سمي يكون أحسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتنا فاحشا وذك كر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من آتون وفي عرف بلادنا يسمى مونه قينا أو قيرا وهو الذي يبنى لبشوي فيه الآجر والحجارة تعمل جبر لانه ينفذ في النضج تتفاوت فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والخماس والتبر والحديد والرصاص والصغرة والحناء والوسمة والراياحين اليابسة والجدوع اذا بين طولها وعرضها وغلظها والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيدابا غراثر وقيل هو موزون وقيل يعتبر بالتعارف وفي عرفنا كيدله في شبه الليف يسمى مونه أهل العرف شنيغا (قوله ولا باس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنية من الخماس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصناعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو واني الصغر اذا باع ثوب خبز بثوب خبز يدايد لا يجوز الا وزنا (قوله فان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا)

(٣١ - فتح القدير والكفاية) - سادس (فيها شرائط السلم والافلا حير فيه) أي لا يجوز لان الجواز خيري فنتقي قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجي الانسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا ورته كذا وقدره كذا بكذا درهمما ويسلم اليه جميع الدرهم أو بعضها ولا يسلم وهو لا يتخلوا ما أن يكون فيهما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيئا من ذلك أي مما تقدم من طست وقفص وخفين أو لا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه يبيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه

(قوله أحدهما انه عكسهما الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم اليك في الثاني لا تتفاءل بشرط قتال

للاجتماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه يبيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيع العدة

اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا أو زنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا فيعقد الا توجعه جازا استحسنانا ببعالعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذا لم تكن اجارة لانه استبحر على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما قال اجل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبح فوبك أجبر بكذا لا يصح ولا يبعالانه يبيع معدوم ولو كان موجودا يملو كالفير العاقل لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولا تجوزناه استحسنانا للتعامل الرجوع الى الاجتماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلانكثير والتعامل بهذه الصفة أصل مندوج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استضع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتمل شرب المساء من السقاء وسبع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بمز رولم يبين له شرطوا تعامل الناس بدخوله من لدن العبادة والتابعين على هذا الوجه الا انه وهو أن لا يذ كر عدد ما يصبه من مل الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعتنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا ليسج له أو بخيطا قيمه يغزل نفسه ثم اختلف المشايخ انه مواعدة أو معاودة فالحاكم الشهيد والصغار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور ومواعدة وانما لا ينعقد عند الفراغ ببيعها بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستضع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفساد همام التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيع العدة كرفيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه في ما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى مالم يره ولان الصانع يملك الدراهم يقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها واثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير يبيع الا ترى أن في بيع المعاوضة لولم يركل منهما عين الاخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيتها والرهن بالديس الموعود وقراءة المأموم وقوله

بالاجتماع الثابت بالتعامل الجواز ثابت بالاجتماع وانما الاختلاف في أنه يبيع أو عدة أو اجارة فان قيل يشك على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس بمسئلة المزارعة على قول أبي حنيفة رحمه الله فان المزارعة والمعاملة فاسدتان عنده وان كان للناس فيهما تعامل قلنا كذلك فان الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام فاضل خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لانه يبيع المعدوم وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم وجه الاستحسان أن النبي عليه السلام استصنع خاتما ومنبراولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير تكبير فنزل منزلة الاجتماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جاز استحسنانا للتعامل الناس والقياس يابي جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس أو واحتمل باجر فانه يجوز للتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب ولم يكن قدر ما يحتج من طهره معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقروا أو الاستصناع حسنا فكان حسنا (قوله والصحيح انه يجوز بيع العدة) وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا جابه مفروغا عنه ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور أنه يبيع لان محمد ارجه الله سماء شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى مالم يره وذ كر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسنانا في الكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناس عند الذبح جعلت موجودة حكما لعذر

وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشرك قوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجتماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع في ما فيه تعامل من غير تكبير والقياس بترك مجله كدخول الحمام ولا يشك بالميزاة فان فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلافوا في جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح انه يبيع لعدة هو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جابه مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة

(قوله ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة

شاه تركه لانه اشترى مالم برة ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكر في المبسوط فيجوز على العمل لانه بائع مالم برة ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لعدة وعن أبي حنيفة ان له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفع المضر عنه لانه لا يمكنه تسليم المنة ودفعه الى المضر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلماذا كرنا وأما المستصنع فلان الصانع ألتف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتره بمثله ألا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبر ولم يأخذه فالعام لا يشتره أصلا فان قيل المضر يحصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع يحب ورعى القبول فلم يعلم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من (٢٤٤) المسلمين في دار الاسلام علم أنوال جميع المجتهدين وانما الجهول ليس بعذر في دار الاسلام

ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه بائع مالم برة وعن أبي حنيفة ترجحه انه ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المنة ودفعه الى المضر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلماذا كرنا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرا بالالصانع لانه بما لا يشتره غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم المحوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف لئلا يمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيه فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب فيه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيصافى على قضيته ويحمل الاجل على التجمل

كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم برة ولذا لو جاء به مفروغا لامن صنعة أو من صنعة قبل العقد فاخذه جاز وانما بطله بون الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع بطل ولا يستوفى

قوله أنه يجوز بيعا لعدة والمعقود عليه العين دون العمل وقوله ولا يتعين بالا اختيار لما أن في كل واحد منها قول آخر (قوله الابضر وهو قطع الصرم) فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضى به قلنا جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع يحوز على القبول وأنه يجتهد فيه (قوله فلماذا كرنا) إشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط (قوله اذا أمكن اعلامه بالوصف) وصورته أن يجيئ انسان الى آخر فيقول اخبرني عن صفته كذا وقدره كذا بكذا درهم أو يقول للصانع اصنع لي خاتمان فضت و بين وزنه وصفته وبسلم الثمن كله أو بعضه ولا يسلم (قوله لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار لر ب السلم اذا أتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه والمراد الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال أما اذا كان على سبيل الاستعمال بان قال على أن يفرغ منه غدا أو بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفرغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندوا في أن ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعمال فلا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلما لانه يذ كره على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر أدنى مدة يمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم (قوله فيحافظ على قضيته) يعني أن العمل بحقيقة اللفظ واجب الا اذا صر عنه الحقيقة

في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها في حيازة اجتهد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بغير ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز الاستصناع فيها لاتعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابتداء على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احترام عاذا ضرب به أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكره على

سبيل الاستمهال أما المذ كره على سبيل الاستعمال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ بخلاف للفرغ لا لتأجيل المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندوا في أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعمال فلا يصير به سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذ كره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما بغير شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقر به ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو يمكن العمل و ذكر الاجل يقتضي أن يكون سلما لكنه ليس بحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتجمل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمجمل فيحمل الثاني على الاول

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلماذا كرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع مالم برة (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الأئمة لا منافاة بينهم ما فتأمل (قوله وفيه نظر لان غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك أن مال هذا النظر للتسليم على السند الاخير وانه لا يجدي نفعه (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تجمل رأس المال واستقصاه الوصف وعدم جواز

(بخلاف ما لا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيجعل على السلم الصحيح ولا يحنيفه رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقرره لأنسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فإن ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال وإذا كان محتملاً للمرين (٣٤٥) كان له على السلم أولى لأن جوازه

بلاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصباغة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المدائنة والسنة دون الاستصناع

(مسائل منشورة)*

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به

(مسائل منشورة)*

المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فإن قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى أجيب بأنه انما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه الا بالتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لأنه لا يمكنه المنع من هذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تجب له لان هذه الاجارة في الاسخوة كشرعاً لم يره ولأن جواز الاستصناع للحاجة توهي في الجواز لا الزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فلا صح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالاسخوة بائع والله أعلم

(مسائل منشورة)*

المسائل التي تشد عن الابواب المنقذة فمذكرة فيها اذا استدركت سميت مسائل منشورة أي منفردة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فشيء بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مسمى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرولانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاده يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطيد به لا يجوز قال والفهد والمباري يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليمها وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف كره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة متوجهة رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع

(مسائل منشورة)*

صارف وذ كراجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستجمال كما لو قال لخطاط خط هذا الشوب غدا فيجعل على حقيقة الاستصناع (قوله وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه) أي باجماع الصباغة (قوله وفي تعاملهم نوع شبهة) فان عند زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز ولانه نقل من الصباغة بقرضى الله عنهم تعاملهم السلم وتأييد الاجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة وفي نقل الصباغة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحل على السلم أولى والله أعلم

(مسائل منشورة)*

في جواز بيع المعلم وأما بيع كلب غير معلم فقد ذكره شمس الأئمة المرحوم رحمه الله أنه اذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل التعليم كان منتفعاً به فيكون مالا لايبيع والدليل عليه أنه ذكر في النوادر أنه لو باع الجرولانه بيعه لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وهكذا نقول في الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصطاده يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطيد به لا يجوز البيع وأما المنفعة فقد اختلف الروايات فيه عن أبي حنيفة روى الحسن رحمه الله أنه يجوز بيعه وروى أبو يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد

(مسائل منشورة)*

الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف ما أسلفه في رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزادة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن الشافعي ينكر الاستصناع انتهى وأنت خبير بان قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

(مسائل منشورة)*

الخيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعل الصباغة في تعاملهم المدائنة والسنة دون الاستصناع) (مسائل منشورة)*

وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع (وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك الناء الحاقاً بفعل بمعنى مفعول كقولهم ملهف جدي (ولأنه نجس العين) بدلالة (٣٦) نجاسة سورة فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لأن النجاسة تشعير

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعير وهو أن المحل وجواز البيع يشعير بأعزازه فكان منتفياً ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية

بجلده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما عكس الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لأنها تصطاد الغار والهام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخنافس والعقارب والقارعة والتمل والوزغ والقناذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكريات البهائم أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز ويحوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العسرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلط بالتراب فلا يجوز بيعها لا تتبع للتراب المخلوط بخلاف الدم ينتفع مطلقاً (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطالعاً سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا أن خاف لصواً وأعداء للعديث الصبيح من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قبرطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الخمام من السحت وأخرج به الدارقطني بسند فيهم ما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحملوا أن الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب (ولأنه نجس العين والنجاسة تشعير وهو أن المحل والبيع برفعت) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روى أيضاً عن جابر مرفوعاً ولا يصح استخاذه والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أُرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الشقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح تخصصاً والمخصص بيان للأمر بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوفة عندهم حتى أجازوا وتخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم

أنه لا يجوز بيعه وبيع القليل جائز لأنه منتفع به حقيقة وشعر عافوه كسائر الحيوانات وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه يجوز بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا بأس به (قوله مهر البغي) أي أجرة الزانية (قوله ولأنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية) فان قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير قلنا المراد الحديث لا بطلان مذهب الخصم ولأن الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية أذن عادة الكلاب بناحها عند حسن الذئب أو السارق ولأنه منتفع به حراسةً وطباً فكل ما لا يملك المال لم يغير الأذى مما يصلح لمصالح الأذى فان قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالأذى فانه ينتفع بمنافعه بالأجرة ولا يدل على أن عينه مال قلنا أن الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعاً لما لك العين لا قصد في المنفعة ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجوز مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامتثال فبطل مدعاهم

وهو أن المحل وجوازه البيع بأعزازه فكأننا متنافسين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفياً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية وهي التي تحرس المواشي واعتراض بالدليل أخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطالعاً والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير وأجيب بأن ذكره لا بطلان في قول العدم الذي هو مدعى الخصم وأما أثبات المدعى فثبت بعد ذكره في الاستمرار رواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب ياربعين درهمين غير تخصصه بنوع وقبه نظر لأن الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل ياربعين درهماً وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المملوك وغير المملوك سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة

(قوله وترك الناء الحاف الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك الناء فيه كترك الناء في حامل وحائض (قوله) ولأنه كقولهم ملهف جدي) أقول ويجوز أن يكون ترك الناء فيه على تأويل الملهف بالحاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب ياربعين درهماً الخ) أقول ولو سلم فهذا حكايته حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطدا) الف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) وان تعرض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا يبعينه وذلك لا يدل على مالبة عينه كالأدعي ينتفع بنفسه بالأجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الأسا كفة وليس بمال وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بتعلم العين لا قصد في المنفعة ألا ترى أنه لو روث (٢٤٧) والمنفعة وحدها لا تورث فخرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة

وجميع ما لا يؤكل لحمه ومن
الثاني بأن الخنزير يحرم
العين شرعا فثبتت الحرمة
في كل جزء وسقط النجوم
والإباحة لضرورة الخرز
لا تدل على رفع الحرمة فيما
عداها كإباحة لحمه حالة
الخمصة وإذا ثبت أن مناط
الحكم الانتفاع ثبت في
الفهد والنمر والذئب
بخلاف الهوام المؤذية
كالحيات والعقارب والزناير
لانها لا ينتفع بها (قوله
والحديث مجمل) جواب
عن استدلال الشافعي
بالحديث المردى وتقرره
ماروى عن إبراهيم أنه قال
روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه رخص في ثمن كلب
الصيد وذلك دليل على تقدم
ثمى النسخ فانهم كانوا
ألفسوا اقتناء الكلاب
وكانت تؤذى الضيغان
والغرباء فهو رخص اقتنائها
فثبت ذلك عليه - ثم فسر
بقتل الكلاب ونحوها عن
بيعها تحقيرها لضرورة
العادة المألوفة ثم رخص لهم
بعد ذلك في ثمن ما يكون
منتفع به من الكلاب
فالحديث الذي رواه هو
الذي كان في الابتداء

ولانه منتفع به حراسة واصطدا إذا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث مجمل على الابتداء فاعالهم عن الاقتناء

من م ومن منع البيع ثم دليل التخصيص مما يمال ويخرج من العام مرة أخرى وتعليل إخراج كلب الصيد
ساطع أنه لكونه منتفع به وخصوص الاصطيد الملقى إذا يظهر موجب لأن فصار الكلب المنتفع به خارجا
سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع
الكلب يقول كل كلب تتأق منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويدعي أنه حينئذ نسخ ما وجب العام
بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنسخ ما وجب العام لا يرد عليه مفسدة ويدعى العقور أن
مفسدة تربو على منفعة حراسته لأن منفعة خاصة يقتدر بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض
الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليل على المذهب بل ذكره لثبوت مذهب الخصم أعني شمول
المنع فيحتاج بعد إلى دليل المذهب وليس إلا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الأول أيضا وقد استدلل في
الاسرار وغيره من الشرع على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه قضى في كلب باربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا
لا يعرف الامور فحدث به الطحاوى عن نونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريح عن عمرو
ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قنر جل بأربعين درهما وقضى
في كلب ماشية بكبش ونايا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليل على العموم
خطا ظاهر ثانيهما وقوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطدا فكان مالا) يعنى مالا يملو كامة قوما أما كونه
مالا فلا أن المال اسم اغصير لا آدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأمانه مملوك متقوم
فلانه محرز ما دون شرعا في الانتفاع به والمالك يثبت بالأحرار بدار الاسلام والنجوم بالتمول وكلاهما ما دون
فيه شرعا إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد وإذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى
لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من
بيع هذا النوع من المال فاجاب المصنف بأدعاء نسخ المنع من ذلك وذلك ما قلنا أول الكلاب من أن الامر
بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الأول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قلها
على ما حدث الطحاوى عن أبي بكر قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي الشياح عن مطرف
عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لي ولا الكلاب ثم رخص في
كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حل ما روى من التشديد في سورها
والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الأول على الحالة الأولى والثاني
على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس

الخنزير ينتفع به الأسا كفة ولا يجوز بيعها قلنا أن الخنزير يحرم العين شرعا لا يباح مساسا كمنفعة بوجهه
فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الإباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة
عن أصله فيما عدا الضرورة كإباحة لحمه حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فما
ثبت فيه تحريم مطلق ثم إباحة لضرورة وليبقى ما رواه على التعميم (قوله والحديث مجمل على الابتداء)

ويجوز أن يقال الحديث مشترك الإلزام لانه قال ثمن الكلب والتمن في الحقيقة لا يكون إلا في المبيعة
(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أى في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المردى (قوله والتمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول أنه أن يقول
اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السجحت كفى مهر البسخت وفي حرم بيعها وأكل
ثمنها

(قوله ولا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان عليك في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فحرم التداول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجي قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بالخ) يبيع الخمر والخنزير بالخمر غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وعناهما (٢٤٨) يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما

ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فحرم التداول دون البيع قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل ثمنها ولانه ليس بحلال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا ثمنهم مكافون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر والعين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم نجاسة عينه توجب حرمة كله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعاً ولهذا أخرنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لا اطلاق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذوق لم يطلق الانتفاع به مانع بيعها فان ثبت شرعاً اطلاق الانتفاع بخلو طوباة التراب ولو بالاستهلاك كالأستسجاج بالزيت النجس كقيل جاز يبيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لمن خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلاً أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شرهما قال لا قال فسا راسنا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعنا سورة قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما قال ففزع المزاذه حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفقه يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرايت ممنحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فعملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقين اللهم الآن يقال لاشك انه لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فانما ينفى في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فبقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئاً يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكل ثمنه كالمقصود من الخمر والميتة من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر أما هذا الحديث فانما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكافون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فانما تجزى بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه من فان قبل ما روى محرم وما ذكرتم مبيع والمحرّم آخرهما وردا على ما عرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على السبق وقد دلل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد في أمر الكلاب قلعا لهم عن الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا لا محالة (قوله ولانه ليس بحلال في حقنا) أي مال متقوم (قوله كالمسلمين) حتى أن الذي اذا باع مكبلاً أو موزوناً مكبلاً أو موزون من جنسه متساوياً جاز ولا يجوز متفاضلاً (قوله ولانهم مكافون محتاجون كالمسلمين) أي بالايان وموجب المعاملات ولما كانوا مكافين ولا يمكنهم اقامة ما كلفوا به الا

وأكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار أحسننا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلاً من ثقيف يكنى أبا عاصر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عاصر ان الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عاصر ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل ثمنها قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الاصل لا يجوز بين أهل الذمة لربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهم ينذرهم ينذرهم ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مشابهاً يدا بيد وكذا كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفاً واحداً هم في البيوع بمنزلة أهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث

فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا ثمنهم مكافون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما تيق به نفوسهم كالمسلمين ولا تبق النفس الا بالاعطام والشرب والاكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بجملة الا سبب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعة في حقهم كفي حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهم ما كالعقد على العصير والشاة في كونها أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن نأمن أن نتركهم وما يعتقدون

دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعنه الله حين حضر واليه وقال لهم يا هؤلاء بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والحمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيبه آخر ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار (ان الزيادة في الثمن والمثل جائرة عندنا وتلحق باصل العقد خلافاً لفرق الشافعي لانه تغيير للعقد من وصف الثمن جائرة عندنا وتلحق باصل العقد خلافاً لفرق الشافعي رحمه الله لانه) (٢١٩) أي الاخلاق (تغيير للعقد من وصف

مشرع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً وأخيراً أو راجحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبديل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فخاز اشتراطه على الاجنبي كهلوكين لا بد من تسمية الزيادة لتحقيق المقابلة بصورة وان قامت معنى ليجزى عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذلك خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة حرام لا تلزم بالضمان واعترض ابو جهم الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن

كعقد المسلم على العبيد وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بالف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامين) وأصله أن الزيادة في الثمن والمثل جائرة عندنا وتلحق باصل العقد خلافاً لفرق الشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً وأخيراً ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبديل الخلع

قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن اسر ائيل بن ابراهيم عن عبد الله بن علي قال سمعت سويدي بن غفلة يقول لحضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والحمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تجبر فيها بينهم ببيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بالف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب لا يكل سواء كان ببقاء أنفسهم كانوا محتاجين الى ما يتقرب به أنفسهم كافي حق المسلمين ولا يتقرب الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشرعة ومن تلك الاسباب البيع فيجب أن يكون مشروعاً وعافي حقهم كافي حق المسلمين لئلا يمتنعوا من بقاء أنفسهم لاقامة التكليف (قوله ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها) الخطاب للعمال أي اجعلوهم ولا بيعها (قوله ومن قال لغيره ببيع الخ) وصورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيبه آخر ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جواباً لا يكل ولو لم يوجداً ولا مساومة ولكن يجب العبد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان بذلك استحصاناً ما ضمنه بعد الابعاء والمساومة يصح قياساً واستحصاناً وذكرنا في الاسلام رحمه الله وأصل ذلك أن أصل الثمن لم يشترع بغير مال يقابله فاما فضول الثمن فيستغنى عن ذلك ويجوز أن يقابله تسمية المال لاحقيقته ألا ترى أن من باع عبداً بالعين وقيمه ألف أن الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك أعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجد صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال الامام الترمذي رحمه الله في قوله لو قال بعت بالف على

(٣٢ - فتح القدير والسكافيه) - سادس - لا يجوز أن يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة يعني عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك لتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغموض فهم أصل الكلام لغوايه تكرراره وذلك أن اقد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأً فجزأً فيجوز أن يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البديل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بالزيادة فتكون الزيادة على المشتري نابعة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبي كبديل (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيعي هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول وقول عمر رضي الله تعالى عنه (قوله بناء على الاصل المار) أقول في فصل بعدي باب المراجعة

لكن من شرطها المقابلة

قول الضامن ذلك بعدم غاوضة بين فلان وسيد العبد بالف و اياه أو ابتداء قال في بعض الشرع وكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لاسر أنه طلق نفسك ان شئت فقالت طلقك يجعل قبل ولا استعسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب فانه قال ولو لم يكن اياه ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله ببيع عبدك أمر وانقضاء الامر لا تكون في البيع ايجابا على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التوقيض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعديت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزاما بزيادة جسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لفرق الشافعي رحمه الله والظاهر جائز الاضافة فقد وجد المقضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلزم الجسمائة من الثمن بل التزم بالاعطية اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم في الاول ان كان بامر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الجسمائة من الضامن لان البيع على المشتري صار بالف وخسمائة للمشتري أن يراجع على ألف وخسمائة ولو كانت دارا ولها شفع أخذاها بالف وخسمائة وتولود بعيب أو تقايل بالبايع برء الالف على المشتري والجسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبايع حبس المبيع على الجسمائة ثم يراجع على ألف ويأخذها للشفيع بالف ولو تقايل أو ردت بعيب أو تقايل البيع فلا جني أن يسترد الجسمائة فان قيل ينبغي أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعبه الرازي بان محمد انص على أنه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فاولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولو كانت كنه بمعنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالترمه أبو قتادة رضي الله عنه فصلى عليه فقد التزم دينه لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك اذ لم يحصل للاجنبي في مقابله شيء ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه

أني ضامن لك خسمائة من الثمن سوى الالف فباع جاز البيع للمشتري بالف وخسمائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو أدى الالف الى البائع له أن يقبض العبد وليس للبائع أن يحبس لاجل الجسمائة ولو اراد المشتري أن يبيعه مراحمة ببيعه على ألف وان كانت دارا للشفيع أخذاها بالف ولو تقايل بالبيع فلا جني أن يسترد الجسمائة من البائع وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله أن الاقامة ببيع جديد ينبغي أن لا يسترد وكذا لو رده بعيه بغير قضاء أو بقضاء يسترد ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري وباقي المسئلة بحاله فان زيادة صارت واجبة في حق المشتري وللبائع أن يحبس العبد حتى يصل اليه ألف وخسمائة لانه لما ضمن بامر المشتري كان للضمن أن يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشتراه بالف وخسمائة وله أن يبيعه مراحمة عليه لان المراحمة تكون بما قام عليه وللشفيع أخذاها بذلك ولو اراد المشتري رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايل فالبايع برء الالف على المشتري والزيادة على الضمين فان قيل يجب أن لا تصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان أصل الثمن أن لا يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب أن لا يجوز من الاجنبي اذا كان ما بازا ما يحصل لغيره قلنا ذكر الفقيه أبو بكر الجصاص عن الشيخ أبي الحسن الكرخي رحمه الله أنه أو ردها السؤال ومنع وقال يجوز أن يكون أصل الثمن على الاجنبي والثمن لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما بازا ما لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية منصوص عليها عن

الخلع اذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يترجعه الطلب على المشتري ويظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحيثئذ لا يلزم من عدم جواز زوجه على الغير عدم جواز مالها يلزم وجوب شيء في مقابلته وفيه في الكتاب والخسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور وبعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد اضافة الجسمائة الجري في المضاف اليه على حذف مضاف أي الجنس

نفسه ثمانية قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها الخ) رجل (٢٥١) اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها

برجل فوطنها الزوج جاز
النكاح (لوجود سبب
الولاية) للنكاح (وهو
المالك في الرقبة على النكاح
(ومانع مانع عن الجواز
لان المنع عن التصرف في
المبيع قبيل القبض انما
يكون عن تصرف يفسخ
بملك المبيع قبل القبض
كما تقدم والنكاح ليس
كذلك وهذا الزوج يجب
قبضا لان الوطء لما كان
بتسليم من جهة المشتري
كان فعله كفعله (وان لم
يطأها) الزوج (فليس)
أي مجرد التزويج (قبضا)
استحسانا وفي القياس هو
قبض وهو رواية عن أبي
يوسف حتى ان هلك
بعد ذلك هلك من مال
المشتري لان التزويج عيب
حكمي حتى لو وجدها
المشتري ذات زوج كان
له أن يردّها والمشتري اذا
عيب المفقود عليه صار قابضا
فصار كالاتفاق والتدبير
والتعيب الحقيقي كقطع
اليسد وفق العين وجه
الاستحسان أن في التعيب
الحقيقي استيلاء على المثل
باتصال فعل منه اليه وبه
يصير قابضا وليس ذلك في
الحكمي فلا يصير قابضا
والاعتاق والتدبير اتلاف
للمال بة وانما للمالك ولهذا
يثبت له الولاء ومن ضروره
أن يصير قابضا

تعميمه بصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال (ومن اشترى جارية ولم
يقبضها حتى زوجها فوطنها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو المالك في الرقبة على النكاح وعليه
المهور (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليم من جهة فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس
بقبض) او القياس أن يصير قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي
استيلاء على المثل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا

الزبادة لها شبهة ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلة شيء يسلم للماتزم وبدل انطلع يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد
يقال هذا التعديل قاصر فان الزبادة كما تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء وجودها في مقابلة شيء
أكثر أحوال العقدان أحواله ثلاثة كونه خاسرا او رابحا وعدا لكونه في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو
كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصا اذا كان بين عليهما حكم
شرعي فالأولى ما قبل ان الزيادة ثبتت تبعا فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل
لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبته المشتري بها كالمكفيل قلنا لا يلزم من صحة المكفالة
توجه المطالبة على الأصل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألفا وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب المكفيل
بهدون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم
لا يثبت بالسبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطنها الزوج فالنكاح جائز) ووطء
الزوج قبض من المشتري خلافا للثلاثة أما الأول فلو جود سبب ولاية النكاح على الامة (وهو ملك
الرقبة على النكاح) بخلاف مالها ملكها الا على النكاح كفي ملك أصغرها على النكاح ويجوز به وانما جازا نكاحها قبل

أصحابنا بخلاف ما قلنا فاساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق ثم قال الجصاص هذا المنع الذي ذكره الكرخي
مما يبعد لان عن أصحابنا رواية في هذا فان محمد ارحمه الله ذكر في كتاب الصرف وغيره أن من اشترى شيئا بدين له
على غيره لا يصح هذا الشراء عند علمائنا لانه اشترى بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره والثمن اغيره واذا
كان الشراء بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلا ينحل الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن
على غير المشتري أولى واذا كان كذلك لم يكن بدين الفرق والفرق أن القياس باي جواز الزيادة من الاجنبي
في الثمن لانهم ابدل المال معاوضة من غير أن يحصل بازائه عوض وذلك لا يجوز واعتبار اباصل الثمن الا أنما تركنا
القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث أبي قتادة الانصاري رضي الله عنه حين
امتنع النبي عليه السلام عن الصلاة على رجل من الانصار لمكان دين عليه قال أبو قتادة هو على أوفى مالي
وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابله والزبادة من
الاجنبي في الثمن في معناه فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الامة السرخسي رحمه الله ونحو الاسلام لو
استدلنا في جواز التزام الزبادة عن الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث أبي قتادة ينبغي أن يجوز من الاجنبي
التزام أصل الثمن أيضا كما يجوز الزيادة على الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينها والاتفاق أن التزام أصل
الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجب والتزام الزبادة من الاجنبي يجوز وقت
المعاودة قبل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقا (قوله تسمية) بان يتكلم باللفظ من الثمن
وصورة بان يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وان لم يقبضه من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا
بماز يد عليه فاشبهه ببدل الخلع فيصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لامها
ليست زبادة في الثمن بل هو التزام مال مبدء أفكون بطريق الرشوة وهو حرام (قوله فالنكاح جائز لوجود
سبب الولاية وهو المالك في الرقبة) فان قيل فعلى هذا كان ينبغي أن يصح بيعه قبل القبض اقيام سبب الولاية
قلنا ورد النهي عن المبيع قبل القبض والنكاح ليس في معناه لان المبيع يبطل بالغرر والنكاح لا يبطل به
ولان القدرة على التسليم شرط لصحة المبيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى

(قوله وهذا التزويج) أقول الظاهر ان الإشارة الى الوطء

قال (ومن اشترى عبدا فباعه فاقام البائع البيعة انه باعه ياه

القبض ولم يجوز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغر ودون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينقض هلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسييم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وبسبب بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن يبيع الآبق لا يصح وتزوج الآبق بغيره وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض وإذا كان كذلك لم يكن في الوارد في منع البيع قبل القبض واردة في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليمه من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا كذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو راية عن أبي يوسف رحمه الله حتى إذا هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج يعيب منه للمبيع وكذا يثبت خيار الرضا إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان أنه لم يتصل به فاعل حسي من المشتري والتزويج يعيب حكمي بمعنى تقلييل الرغبات فيها فكان كمنقصان السعر له وكلا قرار منه عليهما بدني والمشتري إذا أقرب بدني على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا كذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقأ عينها مثلاً أو قطع يدها فإنه ليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل بالاستيلاء والقبض الحاصل بالعقد ضروري ليس بماتعن فيه وذلك أنه انما للمالك ومن ضروراته انما للمالك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء وهذا واضح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فباعه فاقام البائع البيعة انه باعه ياه) ولم يقبض الثمن

أن يبيع الآبق لا يجوز ونكاح الآبق جائز وفي الفوائد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله والمختار قول أبي يوسف رحمه الله لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا والقياس أن يكون قابضا بنفس التزويج وهو راية عن أبي يوسف رحمه الله حتى إذا هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج يعيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج له أن يردّها فالمشتري إذا عيب المعقود عليه يصير قابضا بالتزويج كالاعتاق والتدبير ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا له بنفس التزويج حتى إذا هلك فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج يعيب من طريق الحكم على معنى أنه يقل رغبات الناس فيها ويقتض لاجلها الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو أقر عليها بالدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي بان قطع يدها أو قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتاق والتدبير فان المشتري يصير قابضا بها وما هوها باليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتاق انما للمالك فيها واتلاف للمالكية ولهذا يثبت له الولاء فن ضرورته أن يصير قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به (قوله ومن اشترى عبدا فباعه فاقام البائع البيعة انه باعه ياه) وفي الفوائد قال ملك المشتري

قال (ومن اشترى عبدا فباعه فاقام البائع البيعة انه باعه ياه) المشتري الخ) رجل اشترى منقولا فباع المشتري قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضي يبيع العبد بتمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البيعة فباعا للتمنه فاذا أقامها فلا يخلو اما أن تكون الغيبة معروفة أولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار لبايعه فيظهر على الوجه الذي أقربه وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان في يده فلو ادعى المالك كان مسوعا ولو أقربه لغيره كما لا يصح بحكم البد فكذا اذا أقربه ناقصا مشغولا بحقه ويثبت المالك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيه العاقبة فيه كالأهات فان المرتب أحق بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلس فان

المبيع يباع في ثمنه بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فان بدنة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو ذين في ذمة المشتري فتكون البينة
لأثبات الدين والاثبات على الغائب محتج عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن (٢٥٣) إقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد

انكار الخصم وذلك من
الغائب مجهول الثاني أن
القول بمسوا بالبيع قول
يجوز التصرّف في المبيع
قبل القبض وقد تقدم بطلانه

الثالث أن ذلك يقضى
الى القضاء على الغائب
بزال الملك وهو لا يجوز
وفي ذلك لا فرق بين كونه
مقبوضا وغير مقبوض
فاتفرقة بينهما تحكم
والجواب عن الاول أن إقامة
البينة كما ذكرنا في النعمة
للقضاء وانما القاضي
يقضى بموجب اقرار المقر
بما في يده وفي ذلك لا يحتاج
الى انكار الخصم وعن
الثاني من وجهين أحدهما
قول بعض المشايخ ان
القاضي ينصب من يقبض
العبد للمشتري ثم يبيع
لان بيع القاضي كبيع
المشتري فلا يجوز قبل
القبض ورد بان المشتري
ليس له أن يقبضه قبل نقد
الثمن فكذا من يجعل وكلا
عنه وأجيب بان ذلك حق
البائع وقد ينسأح بتأخير
والثاني أن البيع ههنا غير
مقصود وانما المقصود النظر
للبيع احياء لحقه والبيع
يحصل ضمنه ويجوز أن
يثبت ضمنه لا يثبت قصدا
وعن الثالث ما ذكرنا أن

فان كانت غيبته معروفة لم يبيع في دين البائع (لانه يمكن اتصال البيع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق
المشتري (وان لم يدركه هو يبيع العبد وأوفي الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فظهر على الوجه الذي
أقر به مسوغا ولا يحق له اذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه
بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

(فان كانت غيبته المشتري غيبة (معروفة لم يبيع) القاضي (في دين البائع لانه يمكن اتصال البائع الى حقه بدون
البيع) فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدركه هو يبيع العبد وأوفي الثمن)
بنصب الثمن مفعولا نانيا لبيع (١) وقوله وان لم يدركه هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أن هو وقول
المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي
أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) يبين أن البيع من القاضي ليس به هذه البينة لانه لا تقام لأثبات الدين على
الغائب فما هي الا لكشف الحال لحييه القاضي الى البيع نظر الغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يقم له
يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاؤه) والقرض أنه أحق بمال هذا العبد لانه كالراهن في يده الى استيفاء الثمن
حتى لو مات المشتري مفلسا كان المانع أحق بمالته من سائر الغرما كالرهن اذا مات الراهن فانه أحق من
سائر الغرما فيعينه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو
دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لا تثبت الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يثبت الدين على القاضي من البيع وقضاء
الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرر رخص الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس قال لا تقبل
هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن أقامها على
غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع يحجز عن الوصول الى
الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري ويرى بما في يده بالنفقة عن الثمن
والقاضي ناظر لحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبله الدفع البلية بخلاف ما لو أقامها لثبت حقه على
الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبله والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده
لان البائع يستوفي حقه بما في يده أو رد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بان من المشايخ من
قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنه لانه غير
مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري
اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بئذ جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد
اختافوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة وعبد الجبار
والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على
وجه المهاداة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبي يوسف
لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر

ظهر باقراره اشارة الى أنه لا يشترط إقامة البينة للبيع اذا كان لا يدري أين هو لان موضوع المسئلة أن
العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط إقامة البينة ليكون البيع بحجة
بالغة وهذه البينة لا تكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما موضع المسئلة في المنقول لان القاضي
لا يبيع العقار على الغائب ثم قيل ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع

هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك
وحينئذ ظهر الفرق وان دفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أن يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا نانيا لبيع صوابه لا وفي كجها وظاهر كتبه معجمه

فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقذ جميع الثمن فاذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فلل حاضر أن يرجع عليه بما نقده لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو (٢٥٤) يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقذ شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باءاء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبي عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أي في دفع حصته الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باءاء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعبر اذا افترقه بدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطر فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ماصرفه غير أن في مسألة السفل لا يفرق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسألة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه في أن يبني السفل لا يقضى عليه بينائيه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أي للحاضر ومثل صورة حضوره ما في عدم الاضرار مالوا استأجر رجلا دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصته الغائب اذ ليس للآخر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره القرافي واشي واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقي درهم

المشتري ويبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا يبيع القاضي وفيه نظر لان المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكلا عنه وقبل ينصب لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز أن يثبت الشيء ضمننا ولا يثبت قصدا (قوله) فلل حاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه ذكر الامام القرافي رحمه الله فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقذ جميع الثمن فلو نقده اختلغوا في مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قيل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب بما نقده خلافا لهما (قوله كغير الرهن) بان أعار شيئا لغيره فنهته ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعبر يرجع بما أدى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير أمره لانه مضطر في القضاء لانه لا يمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك ههنا بخلاف مالوا استأجر فغاب أحدهما فنقد الآخر كل الاجرة فهو متبرع لانه غير مضطر لانه لا حبس للآخر لاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر رجع على الغائب بما نقده فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقده عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع (قوله) كالوكيل بالشراء) وبيان أنه كالوكيل بالشراء أن الصفقة لما كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما

العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاباة لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطر فيه) لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باءاء جميع الثمن لاتحاد الصفقة وان يكون البائع له حق الحبس ما بقى شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن فان من أعار شيئا رجلا لغيره فنهته ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعبر فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا يضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار يحل اختلاف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار في حالة حضوره مفقود لا مكان أن يخاصمه

الى الحال كما لنقد نصيبه من الثمن فيمكنه من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق قال بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآخر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام القرافي واشي واذا ثبت له حق الرجوع كذا في حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه (عليه) ما سجي وان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية
بالف مثقال ذهب وفضة الخ)
رجل اشترى جارية فقال
اشتريتها بالف مثقال ذهب
وفضة صح ويحب عليه من
كل واحد منهما خمسمائة
مثقال (لانه اضاف المثقال
اليهما على السواء) لانه
عطف على المضاف اليه وهو
عطف مع الافتقار
والعطف مع الافتقار يوجب
الشركة وليس أولوية
لاحدهما على الآخر فيجب
التساوي قيل وكان
الواجب ان يمتد المصنف
بالجودة أو الرداءة أو الوسط
لان اناس لا يتبايعون
بالنبر ولا بد من بيان الصفة
قطعا للمنازعة ولهذا قد
مجدد رحمه الله به في الجامع
الصغير وبيع المصل
ويجوز ان يقال تركه ليكون
معلوما من أول كتاب البيوع
ان ذلك لا بد منه ولو قال
اشتريت منك هذه الجارية
بالف من الذهب والفضة
وجب المشاركة كما في الاول
للعطف الا أنه يجب من
الذهب مثاقيل خمسمائة
مثقال ومن الفضة دراهم
خمسمائة درهم كل عشرة
وزن سبعة لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم والقائل
ان يقول النظر الى المتعارف
يقضي أن ينصرف الى
ما هو المتعارف في البلد الذي
وقع فيه العقد قال (ومن له
على آخر عشرة دراهم
جياذ الخ) رجل له على
رجل عشرة دراهم جياذ

قال (ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية بمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ

كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله
ومن اشترى جارية الخ) صورتها أن يقول اشتريت هذه الجارية بالف دينار ذهب وفضة أو يقول
البائع بعثك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب
جيد وفضة قال هـ ما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفتين
الجودة وغيره بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لاحتاج الى بيان الصفتين ينصرف الى الجياذ
وعرف من هذه العبارة أن المبيع يتعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل
هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه أن إضافة
المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه من سلا لوجب كون الفضة أيضا مضافا اليها المثقال وينبغي وهم
أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما
وكذا صفة الجودة لان العطف لا يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر
بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامر أنه طالق وقعا جميعا غدا فانه مامضافان ذكره في
كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة
درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة
وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب
والفضة ذلك وليس معهم ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف الى الوزن المعهود في كل منهما
ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العتد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد
الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقبراط من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم
ينصرف الآن الى زنتار بعشرة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الآن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن
سبعة فان مادونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من
الشياب وغيره اقراضا أو سلبا أو غصبا أو ودعة أو بيعا أو شراء أو مهر أو وصية أو كفالة أو جعل في خلع ومنه
ما لو قال على كز حنطة وشعير وسهم كان عليه الثالث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ

كما عاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل ولا وكيل أن يرجع على الموكل بما أدى عنه وان يحبس
لاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كالوكيل ينبغي أن لا يفتقر الحال بين حضور المشتري وغيبته
كمعير الرهن وكالوكيل بالشراء قلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت
شبهة الوكيل عند غيبته أحدهما والحقيقة عند حضرتهما عمل بالاشبهين والعمل على هذا الوجه أولى من
العكس لكان الاضطراب الى الجبيع للاقتناع بنصيبه اذا كان غائبا (قوله ومن اشترى جارية بالف مثقال
ذهب وفضة فهما نصفان) ولفظ رواية الاصل من الجامع الصغير بعثك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد
وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال ذهب وفضة ولا فرق في الحكم فيما اذا قدم
الذهب على الفضة أو أخره عنها وكذا في وصف الذهب أو الفضة بالجودة يكون وصفا فيهما كقولنا عبدى حر
غدا أو امرأتى طالق غدا أو امرأتى طالق غدا أنهما يقعان غدا جميعا وقال الامام الترمذى رحمه
الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما فيشترط بيان صفتيهما
بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له على مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل

فقضاء ز يوف وهو لا يعلم فأنفقها أو هلك فقضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوف ويرجع بدراهمه (لان حقه في الوصف مرعى كهو في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقلب بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا وله ما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبق حقه الا في الجوده ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بإيجاب ضمان الأصل لانه ايجاب له عليه ولا نظيره

فقضاء عشرة ز يوف وهو) أي رب الدين (لا يعلم) أنهم ز يوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلك ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الز يوف ويرجع بالجيد) وذ كر نفق الاسلام وغيره أن قولها ما قياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجوده مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقلب بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا) من ضمان الأصل لصل الى الوصف (وله ما أنه) أي الز يوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالمصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدال بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء) وانما يبق حقه في الجوده ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها (بعد هلاك الدراهم) لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقلب بحسنه (ولا بإيجاب ضمان الأصل لانه ايجاب له عليه) يعني هو ايجاب للقابض على نفسه (ولا نظيره) في الشرع الآن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل يمكن وهذا كالموجود واستوفى أو بنهر جرة فهل كت أليس يرد مثلها فان قال استوفى لست من جنس الجيد حتى يصير مقتضيا حقه بما قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالز يوف الا ان علم فرضي باعتبار انه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجوده قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قد قضى جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذا المدينون لا يضمنه شيئا قلنا يجوز ذلك اذا أفاد كالمولى اذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون وقد أفادها تارك حقه فصار كسرا مال الانسان مال نفسه الا اذا أفاد ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المدينون وبما ذكرنا يطل قولهم لا نظيره في الشرع ويوجب بمنع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون للغرماء وهذا المقبوض كماله ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظيره في النوازل اشترى بالجيد ونقد الز يوف أخذها الشفيع بالجيد لانه انما يأخذ بها اشترى ولو باعها مرا بحة فان رأس المال الجيد وفي الاجناس اشترى بالجيد ونقد الز يوف ثم

واحد النصف فكذا هذ في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والنياب وغيره اقراضا وسلماء أو غصبا أو ودية أو بيعا أو شراء أو مهرا أو جعلا في خلع أو وصية أو كفا له أو غير ذلك وكذا لو قال له على كرحطه طبر شعير وسسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغي أن يترج الذهب لاختصاصه بالمشا قبل أو ترج الفضة لكونها غالبية في المبايعات قلنا لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير الى قضية الاضافة ومطلق اضافة المشا قبل اليهما فوجب الشركة على السواء (قوله لان حقه في الوصف مرعى كهو في الأصل) أي حق رب الدين في وصف الدين من حيث الجوده واجبر رعايته كحقه في الأصل من حيث القدر وان كان المقبوض دون حقه قدر الم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه وصفا الا أنه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجوده عند المقلب بحسنه فايرد عين المقبوض ان كان قائما ومثل المقبوض ان كان مسهلا كالان مثل الشئ له حكم عينه (قوله لانه ايجاب له عليه) وهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى و ضمان المرهون على الراهن وان كان ملكه لانه لان ذلك ضمان ملكه عليه لاله بل للعريم وهذا ضمان ملكه عليه ولا نظيره فان قيل ايجاب الضمان له عليه انما يكون بمقتضى العدم الفائدة وهذا شتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجوده ألا ترى أن من اشترى مال نفسه لا يبيع لعدم الفائدة ثم لو أفاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح له وجود الفائدة وهو يملك مال الغير بمقتضى الثمن المذكور في الشراء وكذا

(نقضه ز يوف والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلك فقضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوف ويرجع بدراهمه) من حيث الجوده كما أن حقه مرعى في الأصل من حيث القدر ولو نقص عن كية حقه ورجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منقرا لعدم انعكاسه وهدره عند المقلب بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا ولا ي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالمصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصل لا يبق حقه الا في الجوده وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنهم عند المقلب بالجس هدر ولا عقلا لعدم تصور انعكاسه ولا بإيجاب ضمان الأصل لان المضمون حينئذ هو الأصل والغرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه ولا نظيره في الشرع واعتراض وجهين أحدهما ان ايجاب الضمان

على الرجل لنفسه لا يجوز اذالم يقدوهنا فيقد فصار ككسب المأذون له المدين فانه مضمون على المولى وان كان ملكه حتى لو اشترى صح
والثاني ان المقصود الاصل هو احياء حق صاحبه و وجوب الضمان له عليه (٢٥٧) ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان

الفائدة ثمة انما هي للغرماء

فكان تضمن الشخص غيره

بجلاف مانحن فيه وعن

الثاني ان الوصف تابع فلا

يجوز ان يكون الاصل تابعا

له قال (واذا أفرخ طير

في أرض رجل الخ) اذا

أفرخ طير في أرض رجل

ولم يعد هالذالك لم يملكه (فهو

لمن أخذه وكذا اذا باض

فيها أو تسكنس فيها طي)

وفي بعض النسخ تسكنس

فيها طي (لانه مباح سبقت

يده اليه) فيملكه (ولانه

حينئذ صيد والصيدين

أخذه) بالحديث وكونه

يؤخذ بغير حيلة لا يخرج

عن الصيدية كصيد تسكنس

رجله بارض انسان فانه

لا لا تخد دون صاحب الارض

والنكس التستر ومعناه

في الاصل دخل في الكناس

وهو موضع الطي ومعنى

تسكنس انكسر رجله وفيد

بذلك حتى لو كسره أحد

فهو له (والبيض في معنى

الصيد لانه أصله ولهذا يجب

الجزاء على المحرم بكسره

أو شبيهه) (قوله وصاحب

الارض لم يعد أرضه لذلك)

اشارة الى أنه لو أعد هالذالك

بان حفره ليقع فيها أو بغير

ذلك مما يصاد به كان له فاما

اذالم يعد هالقهى كشبكة

فكانت له

قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تسكنس فيها طي) لانه
مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيدين أخذوه وكذا البيض لانه أصل الصيد
ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شبيهه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كمن نصب شبكة للبعف
وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نزل من السكر والدرهم في ثيابه لم يملكه أو كان مستعدا له

حلف أنه اشتراها بالبياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله المودق (قوله ولو أفرخ طير في
أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تسكنس فيها طي) أي تدخل كناسه والكناس بيت
الطي وفي بعض النسخ تسكنس أي وقع فيها فتسكنس ويحترق به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل
لا لا تسكنس ولا يحنث بصاحب الارض (لانه) أي لان كلام الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة
لأنها (مباح سبقت يده) أي يد الأخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيدين أخذوه والبيض
أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شبيهه) لانه المقصود بقوله تعالى تناله
أيديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم وما حكم كذا ذكر وقوله (وصاحب الارض
لم يعد أرضه لذلك) جملة حالته هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا لا خذ اذالم يكن صاحب الارض
أعد هالذالك بان حفر فيها بئر السقط فيها أو أعد مكانا للفراخ لياخذها فان كان أعد هالذالك لاعلمها
الاتخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضاً كما كن نصب شبكة ليحفرها فتعقل به صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب
الشبكة لانه لم يعد هالذالك لا لا خذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فاعاق بابه فهو لمن أخذه وان علم به
وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النشار من السكر والدرهم فهو
لمن أخذه مالم يتكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية ناتبة عن ظرف الزمان أي لا تسكنس في زمان عدم
كفها ثوب وقوله أو كان مستعدا له أي للنشار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدور تقديره فاذا كفه
أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النجل في أرضه فهو لصاحب الارض لانه عدم انزاله أي من زيادات
الارض أي ما ينبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر الثابت فيها كالتراب والطين المنبعع فيها يجزى ان
الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذ كرضمير لانه وهو عائد على الارض وهي مؤنثة على
تأويل المسكان ومثله وقع في شعر العرب قال

فلا منة وقدت ودقها * ولا أرض اقبل ابقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حفرة للسهم فدخل السهم ملكه ولو اتخذ غيره فمن أخذه
السهم فهو له وكذا في حفر الحفرة اذا حفرها للصيد فهو له وألغرض آخر فهو لا لا تسكنس وكذا صوف وضع على
سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء لا لا تسكنس ولو باض صيد في
أرض رجل أو تسكنس فيها فجاء رجل لياخذ فنهضه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض

يجوز لرب المال أن يشتري مال المضارب بقية من المضارب بماقية من الفائدة قلنا لا يصح وان كان فيه فائدة لان
الجودة تباع للدرهم لانها وصف لها فنقض قبض أصل الدرهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الاصل تبعا لتبعه
وهذا نقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك (قوله وكذا اذا تسكنس فيها طي)
وفي بعض الروايات اذا تسكنس أي دخل في الكناس وهو موضع وانما قيد بالتسكنس لانه لو كسره أحد يكون
له (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) وأما اذا هب بان حفر بئر للصيد وقع فيها فهو له (قوله فصار
كنصب شبكة للبعف) يعني فتعاق بها صيد وأخذ انسان فهو لا لا تسكنس (قوله أو كان مستعدا له معطوف

(٣٣ - دفع القدر والكفاية) سادس (نصبت للبعف فتعقل به صيد فهو لا لا تسكنس) وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نزل

من السكر والدرهم في ثيابه لم يملكه (أي يضمه الى نفسه) (أو كان مستعدا له)

(قوله وعن الثاني ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم (١) قول الشيخ وذ كرضمير لانه الخ هكذا في الاصل

بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عدم انزاله فيملكه تبعه الارضه كالشجر الثابت فيها والتراب المجتمع في أرضه يجريان الماء والله أعلم

(كتاب الصرف)

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي به للحاجة الى النقل في بدليه على أخذه ثم يباينه بان كان بحضرته كان الصديل بالارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

(كتاب الصرف)

لما كان قبوده أكثر كان وجوده أقل فقديم ما هو أكثر وجوداً وأيضاً لما كان عقد على الاثمان والثن في الجلة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية أعني المبيعات ومفهومه لغته وشرعا يذكر المصنف وشرطه التقابض للبديلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك بخلاف القبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في البيع فلا يمنع تمام القبض ولو افتراق في الصرف خيار عيب أو رؤية جاز لأنه لا يتصور في النقود سائر الديون خيار رؤية لان العقد يقع عند على مثلها لا عيبها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاراني والحلي ولو أسقط في المجلس خيار الشرط والاجل عدا الصرف صححنا خلافاً لفرأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فأنما هو حكمه والجواب أن المختار أنه ليس الا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين أنه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفي استحباب قبض ملك الغير فهو معتبر بمقارناً أو متقدماً شرعاً وان كان متأخراً ضرورة ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكاف بارتكاب القول الاستحواً ومفهومه شرعاً فيبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببيع غير وهو هذا قول القدروي (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وانما قال من جنس

بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه فان غسل لصاحبها (لانه عدم انزاله) أي من انزال الارض بتأويل المالك ان جاع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما أن الغسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها (كالشجر الثابت فيها والتراب المجتمع بجران الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الصرف)

ولغسل في العبارة تحريفاً والصواب ذكر ضمير انزاله وهو عائذ الخ كقوله

(كتاب الصرف)

على قوله ما لم يكتفه) على تقدير حذف حرف النفي أي ما كان مستعداً له (قوله بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه حيث يكون الغسل لصاحب الارض لانه عدم انزال الارض) والنزل الزيادة والفضل والفرق أن الغسل ليس فيه معنى الصيديته لافي الحال ولا في المآل والارض في يد صاحبها فافها يكون في يد صاحبها وذلك لان الغسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لأرضه كالشجر والزرع ثبت فيها والله أعلم بالصواب

(كتاب الصرف)

(قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) أي يبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر سمي به لانه يحتاج الى نقل بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم ولانه عقد يرد على مال لا يقصد به ذاته بل ينتهي به الغرض بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفاً لانه فضل على الغرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً أي لا تطوعاً ولا فريضاً والاموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقد وصحبه الباء أولاً قولت بجنسها أو بغيره ونوع مبيع بكل حال وهو ما ليس من ذوات الاشمال كالتياب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان معيناً في العقد كان مبيعاً وان لم يكن معيناً وصحبه الباء وقابله بمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان وانما كان ثمناً وان كان كاسداً كان ساعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون ديناً في الذمة كذا قاله الفرما والنفق ولا تستحق بالعقد الادينا في الذمة ولهذا قلنا انما لا تتعين بالتعيين فكان ثمناً على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من أن يكون مبيعاً والمكيل والموزون مستحق عينا بالعقد نارة ودنيا أخرى فيكون ثمناً في حال مبيعاً في حال ومن حكم

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم في اول السلم وسمى هذا العقد صرفا لانه لا يبدل من يد الى يد والصرف هو النقل والردغة والامالنه لا يطلب به الا الزيادة) يعني لا يطلب بهذا العقد الا الزيادة تحصل فيما يقابلها من الجوده والصياغة اذا التفت ولا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المعلوم والملبوس والمركوب فلولم يطلب به الزيادة والعين خاصة في يد ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون (٢٥٩) مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله

تعالى وأحسن الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب

به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل)

ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أي من كون الصرف هو

الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله

عليه وسلم من أننى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا

ولا عدلا والعدل هو الغرض سمي به لكونه أداء الحق

الى المستحق وشروطه على الاجال التقاض قبل

الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار وتأجيل وأقسامه

ثلاثة يبيع الذهب بالذهب ويبيع الفضة بالفضة ويبيع

أحدهما بالآخر قال (فان باع فضة بفضة الخ)

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم) أقول

الذى يجره هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع

كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا فاكنتى به (قوله

ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول

الظاهر ان يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على

من يد الى يد والصرف هو النقل والردغة أو لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذا لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجوده والصياغة)

الاثمان ولم يقتصر على قوله يبيع ثمن ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة لم يبق ثمن امر يحال هذا يتعين في العقد ومع ذلك يبيع مصرفا واما سمي اصطلاحا لانه ففهومه اللغوى هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عنى واصرفنى عنه ونقل كل من البديلين عن مالكه الى الآخر بالفعل شرط جوازها فكان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه اللغوى (الزيادة) وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والجار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاختلاف العقد عن الغائبة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم من أننى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الغرض الذى هو حق مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الغرض عدلا لفقيل عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا قال في الفائق في ذكره صلى الله عليه وسلم لاسر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل التقدير من المعادلة والفساد يعادل نفسه والمراد من احداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرية عن بعض أهل اللغة الصرف الغرضية والعدل النافلة وفي الغريبيين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الغرضية كذا كره المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب وعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهى الدراهم والدنانير صحرها حرف الباء ولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكمل والموزون فانهم اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحرها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحرها حرف الباء لم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دين عند المقابلة قال الغراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دين عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الاذ ينأخذا للثلاثة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلك الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتبار ما فيه نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو في الاصل سابعة فان كانت رابحة فهي ثمن لا تعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالغولس (قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل) يعنى في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجوده والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعاهما بمجازفة ولم يعلمسا كمنهما واما في نفس الامر متساويين لم يجزولو وزنا في المجلس فظهر امتساويين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز زولو وزنا بعد الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يطل العقد بغوات تسليمه وصرح الاستبدال بالآخر والمبيع بخلافه

مشروعيته قوله وأحسن الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء يبيع وليس بمشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فليكن ما نحن فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجال التقاض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشروط الاول لا يغنى عن الثالث اذا المراد بشرط العجبة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط وقع التقاض بزول الفساد فتأمل

لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل بالخذيث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا لقول عمر رضي الله عنه وان استنظر لك أن يدخل بيتك فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالني بالكالني ثم لا بد من قبض الآخر

الا فتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافاً لفره هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالعلوم شرعاً والم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز إذا وزن في المجلس فظهر متساوياً أيضاً لكن جازي الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد أنشئ الآن لأن ساعاته كساعته واحدة وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزناً معلوماً فلم يعد العلم بالمساواة كيلاً إذا المساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة إلى الكيل والمعتبر فيما كان مكياً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا إذا اقتسمها مكياً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدراً أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عاملاً متعلقاً بالمجر ورأى الذهب يباع بالذهب مثلاً بثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بثل ظاهر في أنه مفرغ للعالم وبقيت الحديث ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبعوا منها غائباً بنائز والسف بالفس من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا تنقص في معنى النقص والالقال ولا تشقوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشقوا في حديث البخاري المذكور وتفسير مثلاً بثل فان المثلية أعم ففسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حديث جدها ورديتها سواء أيضاً وتخرجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روي محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن مريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بانهاء كسر وانى قد أحكمت صياغته فبعثني به لا يبعه فأعطيت به وزنه وزنا بوزن كرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالادان واجب بالمنقول وهو (ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر لك أن يدخل بيتك فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما خراجاً للعقد عن الكالني بالكالني وذلك يستلزم قبض الآخر

فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا مثلاً بثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جدها ورديتها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا حدث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن مريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بانهاء كسر وانى قد أحكمت صياغته فبعثني به لا يبعه فأعطيت به وزنه وزنا بوزن كرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالادان واجب بالمنقول وهو (ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر لك أن يدخل بيتك فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما خراجاً للعقد عن الكالني بالكالني وذلك يستلزم قبض الآخر

(قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) اختلف المشايخ رحمهم الله أن القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد أو شرط بقاءه على الصحة فعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو أن يقال ما يكون شرط الجواز يشترط حاله العقد كالشهادة في باب النكاح والمباينة في المبيع والجواب أن اشتراط القبض حاله العقد غير ممكن لما فيه من اثبات البطلان على مال الغير بغير رضاه فعلق الجواز بقبض يوجب في المجلس لان المجلس العقد حكم حاله العقد فكان كالموجود عنده حكماً (قوله لماروينا) هو ما روي قبله يدا بيد

بحسب المعنى (قوله) فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة انتفاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق
(قوله) فاذا بيع مضروب بمصوغ بنسبة) أقول أي بالقبض (قوله) كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لم شبهة النسبة
وعام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمرجعة الى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم
اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجع (قوله) أجيب بأن عدم الجواز في المضروب بنسبة الخ) أقول أي بدون القبض (قوله) بقوله) بدأ
بيد) أقول اذ معناه عينا بعين على ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بينت فثبت اشتراط القبض فيه بالنسب بخلاف
المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبني على تعيين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر الى أصل خلقته فعلم جوازيه بلا
قبض حاشا من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح فقب معه (وقصته ماروى عن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنه ما فعلت انا انقدم أرض الشام ومعدنا الورق الثقال النافعة وعندهم الورق الكاسدة فنبشع ورقهم العشرة بنسبة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارق حتى تستوفى وان وثب من سطح فقب معه وفيه دليل على ان المقتضى اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل المقصود مع التفرع من الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهاما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الايدان وهذا المذكور من التفرق (٢٦٢) هو المعتبر في قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله لم

وان وثب من سطح فقب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالأهاء وهاء (فان افتراقى في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فقب يغيد عدم بطلان العقد بغير اختلاف المكان بل اذا لم يوافق الا تحريفه وهذا لان بغير دو ثوب أحدهما اختلفا مكانهما ولم يعتبر ما نعا الا اذا لم يثبت معمو حديث ابن عمر هذا غير جدام كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا انقدم أرض الشام ومعدنا الورق الثقال النافعة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبشع ورقهم العشرة بنسبة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارق حتى تستوفى وان وثب عن سطح فقب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كجهوم ذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المقتضى اذا أجاب لا بأس ان يبين للسائل طريق تحصيل مطالبه كالفعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بيع التمر ببيع آخر ثم اشتر به انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لا سقاط الوجوبات قال (وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا امت معز وجهها في جهة واحدة فان ذلك دليل على ارضها عما كانت فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلمزم فيه المجلس واتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أتمى عليهما أو طال فتعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف خيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فخرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فخرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل وهذا يجوز الزهرن ببدل الصرف والحوالة به كافي رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهاء وهاء والبر بالبر وبالأهاء وهاء والشعير بالشعير وبالأهاء وهاء والتمر بالتمر وبالأهاء وهاء قبل وعنه قوله بأى حرام (قوله وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم) أى المعتبر تفرق الايدان لا القيام عن مجلس العقد بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض اذا تخيرت عليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله (قوله الذهب بالورق وبأى حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم) وقوله هاء بوزن هاء أى أخذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فينقبضان

يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة معز وجهها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهاء وهاء) على وزن هاء بمعنى أخذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه (قوله فان افتراقى في الصرف) متعلق بقوله ولا يدمن قبض العوضين يعنى لبقاء العقد فان افتراقا قبل قبض العوضين أو أحدهما يبطل العقد لقوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أوجب به بان شرط الجواز ما يشترط بمقارنا لحالة العقد الآن اشترط القبض بمقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير يمكن من غير تراخى لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلمنا الجواز

بقبض يوجب المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كافي الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد فى مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا (قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أوجب به بان شرط الجواز) أقول قوله وما أوجب مبتدأ وخبره يحىء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهيل (قوله فعلمنا الجواز) أقول فى التفرع بيع تأمل الجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد أو ما لو قال لسافيه من ايجاب ثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراخى لا يندفع ذلك

حكما فعلى ما ترى فيه من التمسك مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء (ولهذا) أي ولان الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في
الصرف ولا الاجل) بان يقول اشترت هذا الدينار بمائة درهم على أي بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستقفا)
لمنعه الملك (ولا يجل يغوث القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الجال مستقفا وفي
الاجل ذكر في العقد ما ينفي القبض وذكر منافي الشيء مغوث له كذا قيل وكأنه واجع (٣٦٣) إلى أن في الاول استحقاق القبض فائت

وفي الثاني القبض المستحق
شرعا فائت (قوله اذا
أسقط في المجلس) يعني
منهما ان كان الخيار لهما
أو من له ذلك (فيعود إلى
الجواز لا يرتفعه قبل تقريره)
استحسانا خلافا لفرجه
الله وهو القياس وان أسقط
الاجل فكذلك وان أسقط
أحدهما فكذلك في ظاهر
الرواية وعن أبي يوسف ان
صاحب الاجل اذا أسقط
الاجل لم يصح حتى يرضى
صاحبه والفرق بعرض في
شرح القدرى لمختصر
الكرخي وقيد بشرط الخيار
لان خيار العيب والرؤية
يثبتان في الصرف كفي
سائر العقود الا أن خيار
الرؤية لا يثبت الا في العين
لألدين فانه لا فائدة في رده
بالخيار اذا العقد لا ينفسخ
برده وانما يرجع بمثله
ويجوز أن يكون المقبوض
مثل المردود أو دونه فلا
يغدر الفائدة قال (ولا يجوز
التصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه الخ) التصرف
في ثمن الصرف قبل قبضه
لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة
درهم ولم يقبض العشرة
حتى اشترى بها ثوبا فاسد
البيع في الثوب لغوات

لغوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستقفا
و الثاني يغوث القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لا يرتفعه قبل تقريره وفيه
خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم
يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب باسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى
وفي تجوز رده فوائده وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فيه صرف العقد
إلى مطلقها

باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقة شرعا وان اسم الراتن من الزيادة من الاموال
الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التناقص من الحرام بمصر
الحل فيها فتبني الحل في كل حال غير ما قد دخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة في كل
ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو لغوات الشرط
المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يغوث الشرط الا اذا أسقطه فلا يغوث فيعود إلى الجواز وقد مناه نقل خلاف
زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع
جارية في عنقها طوق فضة زنتها مائة بالفساد حتى انصرف للطوق مائة من الف فيصير صرفا فيه وتسعمائة
لجارية يباعها له لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد
فيهما عند خلافهما و فرق بان في الاول انعقد صحيحا ثم أفسد العقد فيجنس محله وهو الصرف وفي الثاني
انعقد أولا على الفساد فشا وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط
الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدينار خيار روضة لان العقد لا ينفسخ
برده لانه انما وقع على مثله بخلاف التبر والخلى والاواني من الذهب والفضة لانه ينقض العقد برده لتعيينه
فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيدا أو ستوا فالحكمه في جميع أبواب الاستبدال والبطلان
كرأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف فالخالف أن
لا يجوز التصرف في أحد بدلي الصرف قبل قبضه بجهة ولا بصدقة ولا ببيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان
وهبه البديل أو تصدق به عليه أو أقره منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط
ينقضي المشروط وان لم يقبل لا ينقض لان البراءة ومما عساه سبب الفسخ فلا ينقذه أحدهما بصدقة العقد
وفرع عليه (ما لو باع دينارا بعشرة) مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب باسد لان
القبض في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز

(قوله لان باحدهما لا يبقى القبض مستقفا) أي بشرط الخيار والثاني يغوث القبض المستحق أي
بالاجل (قوله الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيه) خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا أسقط الاجل بان
سلم في المجلس (قوله ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) فان قيل لوجع كل واحد منهما مبيعا
الا شرط قيام الملك في كل واحد منهما حال العقد حتى لا يصير باععا ليس عنده ولم يشترط قيام الملك

القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ لا يحرم حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فيها كانت أو دينا فيصرف
العقد إلى مطلق الدراهم اذا طلاق والاضافة إلى بدل الصرف اذ ذلك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة
(قوله وكأنه راجع إلى أن في الاول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم
الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالا كقول شرعا فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنه (قوله اذ لا ربا
سواء) أقول يعني التسمية

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان المبيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد منهما مبيعا مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما

بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه واورده عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعاضدا فقدم حق العبد لفضل الله سبحانه بذلك أوجب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بدله يغوث حق الله بعد تحققه فيمتنع لأنه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا غير تنفع أحدهما فضلا وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فإضافة العسقد الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كيجوز شراء ثوب بدراهم لم يصغها وهذا على احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا فانما قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يغوثه فكان شرط ايقاع ثمن الثوب من بدل التصرف شرطا فاسدا فممتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكره غير واحد ولا يخفى كثرة مذكروا في عدم تعيين العسقد في المبيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يجسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببديل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا بمنع الجواز بطل ما ذكرنا في عدم تعيين الدراهم في المبيع وكان كما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لاجرم أن المصنف انما أجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل عن منهما مبيعا ونحو جعله بدل الثوب ونحو بيعه له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذ لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعيين بدل الصرف نمتنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بفساد بيع هذا الثوب لعدم تعيين نقده بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان البيع انعقد موجد دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف بتقدير الثمن الثوب سواء سميت مبيعا ونحو لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يكن تخليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم يتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الاتعاض بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا

في الدراهم والدنانير وقت العقد قد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر دينارين بدراهم وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر دينارين ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مشمنا من وجه بعد العقد لان اعتباره مشمنا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مشمن كمال بدله من ثمن فيعتبر كونه مشمنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمنا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مشمن في العمل وانما يصير ثمنا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مشمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حال العقد ويتعلق العقد بما هو يعتبر كونه ثمنا بعد العقد حتى لا يفسخ العقد لئلا أحدهما بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمنا من كل وجه كذا هذا اذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشاورية اليه (قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا) جواب الله كمال وهو أن يقال لو كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا فالسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه عن من وجه وهو كاف لسلب

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع ومائة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمان من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما قلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قبل انسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء أولى بالثمنية وأوجب بان ذلك في الأثمان الجعابة كالمكيلات والموزنان التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينيا في الذمة لا في الأثمان الحقيقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يلزم التعيين فان المسلم في

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجي في بيع الدراهم الغالبة النفس بثلاثها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله اذا كانت دينيا) أقول وقابلها مبيع

مبيع بالاتفاق وليس بمعين وعروض بان كل واحد منهما لو كان مبيعاً لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فإنه لو باع ديناراً بدينار ومبيع
وليس في ما فيهما فاستقر صافي المجلس وانترقاع قبض صريح وأوجب بان الدراهم والدينار بحالة العقد ثمن من كل وجه وإنما اعتبر شئنا بعد العقد
لضرورة العقد فيجعل شئنا بعده ثمناً قبلاً فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة بمجازفة) إذا كان الصرف بغير المجلس صريح
بمجازفة لأن المساواة فيه غير مشروطة لسكن القبض بشرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهواء وهو المعقول المتقدم مراد بقوله
لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه بمجازفة فإنه لا يجوز إذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لأن العلم بتساويهما حالة
العقد شرط صحة لأن الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المائلة في علم الله لأنه لا سبيل إلى ذلك
وإنما أراد المائلة في علم العاقدين ولم توجد وإن لم توجد فإن كانا وزناً في المجلس وعلماني (٢٦٥) المجلس تساويهما كان القياس أن
لا يجوز لوقوع العقد فاسداً

فلا ينقلب جائزاً إلى كونه
استحسنوا جوازاً لأن
ساعات المجلس كساعة
واحدة وقال زفر رحمه الله إذا
عرف التساوي بالوزن جاز
سواء كان في المجلس أو بعده
لأن الشرط هو المائلة
والغرض وجوده في الواقع
والجواب ما قلنا أن المراد بها
ما هو في علمهما قال (ومن
باع جارية قيمتها ألف مثقال
فضة الخ) الجمع بين النقود
وغيرها في البيع لا يخرج
النقود عن كونها صرفاً بما
يقابلها من الثمن بأجرة جارية
قيمتها ألف مثقال فضة وفي
عقدها طوق فضة فيه ألف
مثقال بألف مثقال ونقد
من الثمن ألف مثقال ثم افترقا
فالذي نقد ثمن الفضة لأن
قبض حصاة الطوق في المجلس
واجب حقاً للشرع لكونه
بدل الصرف وقبض ثمن
الجارية ليس بواجب ولا

في المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة بمجازفة) لأن المساواة فيه مشروطة فيه ولكن بشرط القبض في
المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه بمجازفة لمافية من احتمال الربا قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال
فضة وفي عقدها طوق فضة قيمته ألف مثقال بالنقود فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن
الفضة) لأن قبض حصاة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا
لو اشتراها بالنقود مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق) لأن الاجل باطل في الصرف جاز في بيع
الجارية وبالمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذا لسان باع سيفاً بحلى بمائة درهم وحليته خسون

بأن يدفع مثل بدل الصرف لنفسه) قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة بمجازفة (وكذا سائر الاموال الربوية
بخلاف جنسها كالخضرة بالشعير لأن المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه)
أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن بشرط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا
يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهواء لكن العادة في مثله أن يقول لمارو ينائم المراد
بالمجلس ما قبل الافتراق بغير المجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عقدها طوق فيه
ألف مثقال بالنقود فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف النقود إلى الطوق وإن لم ينص
الدافع عليه وكذا لو قال خذ مني ما صرف أيضاً إلى الطوق وصح البيع فيه ما تخرج بالجواز بتحريم ظاهر حالهما
إذا الظاهر قصدهما إلى الوجه الصحيح لأن العقد لا يغيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملاً
بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فإن الظاهر حينئذ
عارضه التصريح بخلافه فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه فإن قلت ففي قوله خذ مني ما صرف

الجواز إذا الشبهة كالحقيقة في الحرمان (قوله لما ذكرنا) أي من الحديث والمعقول (قوله بخلاف بيعه بجنسه
بمجازفة) لمافية من احتمال الربا وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوزاً بضالان العلم بتساويهما
حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تبايناهما بذهب بمجازفة وافترقا بعد القبض ثم علم بالوزن أنهما كانا
متساويين لا يجوز عندنا خلافاً لفرجه أنه (قوله ألف نسيئة وألف نقد) ولو اشتراها بالنقود مثقال فضة
نسيئة فسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله أما الطوق فلنقود القبض وأما في الأمة فلان المفاسد مقارن
العقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لا يفسد
في الأمة لأن الفساد يتقدر بقدر انفسد عندهما أما لو اشتراها بالنقود مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا

(٣٤) - (فخ القدر والكفاية) - سادس - معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تقريباً
للذمة كما إذا تركت عبدة صلاته وسهاً أيضاً ثم أتى به بعد في السهو وسلم تصرف إحدى سجدتي السهو إلى الصلواتية وإن لم ينوها لكون
الاتيان بهما على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالنقود مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق لأن الاجل باطل في الصرف جاز في بيع الجارية
والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفاً بحلى بمائة درهم وحليته خسون ودفع من الثمن خمسين فإن دفع سائر ثمنهما
جاز البيع وكان المقبوض حصاة الخلية لما بيننا أن الظاهر الاتيان بالواجب وإن صرح بذكرهما فكذا لأن الاتيين قد يراد به كونهما الواحد
فإن الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وإنما يخرج جان من أحدهما فيجمل عليه بقرينة الحال وإن قال عن ثمن الخلية خاصة فلا كلام فيه

قوله إذا عرف التساوي بالوزن الخ أقول فيه بحث فإنه إذا لم يوزن أصلاً فالعلة تحكم في الجواز كما صرح به الشارح وغيره في مسألة السيف
والخيلة فلا وجه لتعليق الجواز بعرفة الوزن فليتأمل في جوابه

فدفع من الثمن خمسين جاز البيس وكان المقبوض حصصة الغضتوان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال نخذ هذه الخمسين من ثمنها) لان الاثنين قد يراد بكهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فعمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقاض حتى افتراق بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيها (وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا يجوز افراذه بالبيع كالجذع في السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيس في السيف وبطل في الحلية) لانه أمكن افراذه بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الغضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيس للرب بأول احتماله وجهة الصفة من وجوه الفساد من وجهين فترجى

أيضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح وبما عثر الجن والانس ألم باتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيحوتهم ما وانما نسيه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالك بن الحويرث وابن عمه اذا سافرا فافا ذنارا قويا وانما اراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا أنه قد قيل أن هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجوب الحمل عليه لما لنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافتراق في صورة المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتهما مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع تقديم غيره بتقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا على بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقاض في الصورتين حتى افتراق بطل في حصصة الطوق والحلية لانه صرف فيها ويصح في الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص منه الا بضر فبه فسد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر فبه وهذا لا يجوز افراذه بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه أمكن افراذه بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما اذا كانت الغضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل ولا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيس للرب باحقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الا تحرو هو البيس الغضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الزيادة اذا لم يدرك الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بان جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجوز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجى جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح

بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى الى الامة (قولنا لما بينا) اشارة الى قوله لان قبض حصصة الطوق واجب في المجلس ولو قال نخذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيس في الحلية لان الترجيح في الاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المالك والقول في بيان جهة التملك اليه كذا في المبسوط (قوله ولربا) أي فيما اذا كانت مثله أو أقل منه أو لا احتماله أي فيما لا يدري وفيه خلاف زفر رحمه الله (قوله وجهة الفساد من وجهين) بتقدير المساواة والنقصان والحواز بتقدير الزيادة ولو استوت الجهتان لترجى جهة الفساد احتياطا فانك اذا كانت جهة الفساد أكثر فان قيل الترجيح انما يكون بشئ لا يكون عليه لاثبات الحكم ابتداء وهما كل واحد من الجهتين أعنى المساواة والنقصان من المقر وعلة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح قلنا مراده أنه اذا كان أحدهما

وان قال عمن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أولا وتفرقا على ذلك انتقض البيس في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع من السيف فان لم يتقاض شيأ حتى افتراق بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وأما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك لعدم امكان التسليم بدون لهذا لا يجوز افراذه بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه أمكن افراذه بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الغضة المفردة) يعني الثمن (أزيد مما فيه) أي البيس تعميم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خمسون

(قوله وان قال عمن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بمخلاف صورة الاف تراق فان العيب حدث ببيع منه وهو الاف تراق لان قبض قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المسرا بالنقرة قطعة
فتمت مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذ باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا
خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بمخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع الخ)
رجسلي باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بمخلافه وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر
شعير وكر حنطة بكرى شعير وكري حنطة والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس
فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى مخلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصححها العقد خلافا لهما قالان في الصرف الى مخلاف
الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجلة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من
البدلين حظ من جملة الآخر

ولهما مان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل للجله بالجله ومن قضيته الانقسام على الشيوخ
لاعلى التعيين والتغير لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعها
مرا بحة لايجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن
من البائع مع عبدا آخر بالف وخمس مائة لايجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه
وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا
اذا باع درهمين او ثوبا بدرهم وثوبا بافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب
لما ذكرنا

الحلي بغضة بسيف محلي بغضة ولا يدري مقدار الحلين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما مان في
الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل للجله بالجله ومن قضيته الانقسام على
الشيوخ لاعلى التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوخ فيندرج فيه
جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذا أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار واحدة
وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع
الدينارين والدراهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار يمكن لكنه
مستنكر وهو أن يقابل الذرة بالف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولانه حينئذ
ينتفي الانقسام بادنى تامل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا لما لو اشترى عبدا وجزأه بثوب وقرس ثم
استحق العبد ربح بقيمة العبد في الثوب والقرس جميعا ولولا أن الانقسام على الشيوخ لما وجد في
الثوب والقرس جميعا وتغير تصرفهما لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من
اشترى قلبا وزنه عشرة عشرة وثوبا بعشرة ثم باعه مائة صفة واحدة لايجوز وان امكن صرف
الربح الى الثوب وحده ليخالف القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع
مع عبدا آخر بالف وخمس مائة لايجوز ويفسد في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع
درهما وثوبا بدرهم وثوبا بافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه

العوضين ولان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن (قوله ومن قضيته الانقسام على
الشيوخ) بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على
البدلين من هذا الجانب ومقوجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذا الخلطة والشعير والدراهم
والدينار من أحد الجانبين أكثر فيحقق الربا في صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لا دليل
عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح تصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة
ولنا أن العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الشكل بالكل بطريق الشيوخ ولا مقابلة الفرد من جنسه
أو من خلافه بنسبه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير معرض لواحد منهما ولكن من هذا يحتل مقابلة
الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضية الاطلاق وذلك لان الذات لا تخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في
الرقبة ألا ترى أنه لو أقي بهذه المقابلة ثم قال على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح وبصير الفرد مقابلا
بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة تحتل مقابلة الفرد وهو طريق متعين
لتصحيحه وجب أن يحمل عليه تصحيح التصرف ولهذا وجب حمل كلامه على الجواز اذ لم يصح الا بالجل عليه وبه
تمين أنه ليس بتغيير لكلامه بل هو تعيين أحد المحتملين ولئن كان فيه تغيير فقيه تغيير وصفتهم هو بطلان
صفة الشيوخ لأصله اذ موجه الاصل ثبوت المالك في الشكل بمقابلة الشكل وهو باق بعبده ولهذا أقول بالفرد
بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو

والدليل على ذلك الوقوع
فانه اذا اشترى قلبا أي سوارا
بعشرة وثوبا بعشرة ثم
باعها مائة لايجوز وان
امكن صرف الربح الى
الثوب وكذا اذا اشترى

عبدا بالف ثم باعه مع عبدا
آخر قبل نقد الثمن من
البائع بالف وخمس مائة لا
يجوز في المشتري بالف
وان امكن تصحيحه بصرف
الالف اليه وكذا اذا جمع
بين عبده وعبده غيره فقال
بعثك أحدهما لايجوز وان
امكن تصحيحه بصرفه الى
عبده وكذا اذا باع درهما
وثوبا بدرهم وثوبا بافترقا
من غير قبض فسد البيع
في الدرهم ولا يصرف الى
الثوب وليس ذلك كله الا
لما ذكرنا ان قضيته هذه
المقابلة الانقسام على
الشيوخ دون التعيين
فالتعيين تغيير والتغير لا
يجوز

(قوله والدليل على ذلك
الوقوع الخ) أقول لا يطابق
المشروح (قوله لما ذكرنا
ان قضيه هذه المقابلة الخ)
أقول ذلك في الثالث غير
ظاهر اذ ليس فيه مقابلة
الجله بالجله فليتأمل

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد كفي مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحبه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجباً الاصل وهو ثبوت المالك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عدم المسائل امام مسئلة المراجعة فلانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الشوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى

أحكام اجماعية كهادالة على أن تغيير التصرف لا يجوز ان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتد عندى في التعليل اننا نعبدنا بالمماثلة تحقيقاتها ونالم تحقيق فيفسد العقد قال صاحب الوجز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تعضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني فهو نوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله أن على تقدير مقابلة الجاية بالجاية والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والغايد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين معين وتفاضل لا حينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع بصرف كل الى خلاف جنسه عيناً لكن الاصحاب اقموه بناء على أصلي اجماعى وهو أن مهماً أمكن تصحيح أنصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز وترك حقيقة شبهة اذا كان لا يصح على تقديره ويرجى في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على وجهه الشيعى ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضى مطابق المقابلة لمقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطابق غير معرض لواحد من جنسها لكن مع عدم الاقتضاء يحتل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره بأنه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة

ولنا أن المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغى أن يكون مراداً أمانه جائز الارادة

(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث

قوله بلت الأجزاء بالأجزاء ما صح لان المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض وغير المقبوض وصار ككلو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحيحا لتصرفه وكذلك باع عبد بالف درهم وفي البلد تقود مختلفة وبعضها روج يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا لتصرفه وان كان فيه تقييد كلامه (قوله وفيه تغيير وصفه لا أصله) أى وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما أن وصف العقد يقتضى الانقسام بالشيعى لكن الانقسام بالشيعى تغيير أصل العقد لان أصل العقد الصحيح الذى يثبت المالك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيعى يفسد العقد ولا يثبت المالك قبل القبض فكان تغيير الأصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفي مقابلة الفرد بالفرد بقاء أصل العقد على قضيته وهو ثبوت المالك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان أهون التغيير من فكان أولى وفي المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائر والغاسد فالجائر مشرّع باصه ووصفه والغاسد مشرّع باصه حرام بوصفه واذا لم تتحقق المعارضة يترجح ما هو مشرّع عن كل وجهه على ما هو مشرّع عن وجهه (قوله لانه يصير تولية) أى تغيير أصل العقد لانه عقد المراجعة فلو صححنا تصرفه يصير تولية (قوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين) أى طريق بقى الجواز لانه كما يجوز أن تنصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز بان تنصرف اليه ألف واحد أو اثنان أو ثلاثة الى آخره بمائة وتسعة وتسعين أو شئ ولو جوه كلها سواء وليس بعضها أولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قبل قد تعدد طريق الجواز هنالكا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدينارين يصح فلما نعلم الآن التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجح

فلا من كل مطلق يحتمل المعيد لا محالة ولهذا اذا باع كرحضة بكره بافسد لان الكرك قابل الكرك وفضل الاخر واما وجوب ان يكون مراد افلا له
طريق متعين لتصحح العقد فيجب سلو كونه ولئن منع تعينه لذلك لا يمكن ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الاخر بمقابلة
دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الاخر قلنا هذا غلط لان ما اردنا من الطريق الى الصرف الى خلاف الجنس على أي وجه كان على
ان قيماد كرتهم تغيران كثيرة وما هو اقل (٢٧٠) تغييرا متعين والجواب عن قوله ما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال

المنكر وهو ليس بعمل للبيع والمعين ضد وفي الاخر ان عقد صححها والفساد في حالة البقاء وكلامنا
في الابتداء

الجملة بالجملة شائعة الاصله لانه يبيح موجه وهو ثبوت الملك في السكك بمقابلة السكك وصار كما نقضنا عليه فيما اذا
باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحح التصرف في خلاف المسائل المذكورة فان عدم
الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في
القلب واعتراض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثل على الواحد في مسألة الطوق والجارية ان يحمل
قوله بعتهما بعشر من مائة فبهما بعشرة ان يحمل فيهما على احدى بعين الثوب كما حمل قوله خذ هذه
الالف من ثمنهما على ثمن احدى هما وهو الطوق وكون الطوق لم يصير مائة لا يضر اذ يصدق ان العقد مائة
بثبوت الرجوع في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو ما اذا باع عبد اشتراه بالف ممن اشتراه
منه مع عبدا آخر بالف وخمس مائة طريق تصححه غير متعين ان يكون بصرف الجسمانية الى العبد الاخر
فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الجسمانية
لدرهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الاخر فيصير بائعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه
ونقض بان طريق الصحة ايضال ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين
بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الاخر بمقابلة الدرهم اوجب بان التغيير ما يمكن
تقليله متعين وتصحح التصرف مع قلته التغيير لا يكون الا بمقابلة فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه
ثلاث تغييرات وايضا فان الذي ادعيناه طر يقام تعينه هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان
لا يخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن ان يصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف
الاخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجح قول
صاحب السكك في الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجه ترجيح بل تساوت لانه حينئذ يلزم
الترجيح بلا مرجح فتبطل وجوه فيمتنع اما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم
والدرهمين فلا يغير عنه ونحن اسلفنا الثاني اصل هذا الاصل نظر الاستدلال جواز ثبوت الشيء بعلم مستقلة
اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جتمع بين عبده وبعده غيره وقال بعثك احدىهما فلان البيع
اضيف الى المنكر وهو ليس بعمل للبيع لجهالتهم ولان المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشي لان
المعرفة بمصادقات الشكوك فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحمله فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في
قوله عبدي او حاري حرا نه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحح العقد يجب
في حمل العقد هو لم يصف الى المعين واعلم ان ما اردنا دفع النقوض المذكورة ان لفظه جواب فذلك

فيه تغيير وصف التصرف
او اصله والاول مسلم ولا
نسلم انه مانع عن الجواز
والثاني ممنوع لان موجه
الاصلي وهو ثبوت الملك في
السكك بمقابلة السكك بان على
حاله لم يتغير وصار هذا كما
اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره ينصرف الى
نصيبه تصحح التصرف فموان
كان في ذلك تغيير وصف
التصرف من الشيوع الى
معين لما كان اصل
التصرف وهو ثبوت الملك
في النصف باقيا ثم اجاب عن
المسائل المستشهد بها اما
الاولى اعني مسألة المراجعة
فبقوله لانه يصير تولية في
القلب بصرف الرجوع كله
الى الثوب ولا يتحول من ان
يكون مراده انه يغير في
الاصل او غير ذلك فان كان
الثاني فلم يبينه وان كان
الاول فهو ممنوع لما تقدم
في باب زيادة الثمن والمثل
ان الانتقال من الزيادة الى
النقصان تغيير العقد من
وصف مشروع الى وصف
مشروع ولعله يجوز ان
يقال ان ذلك في المساومة
اما اذا صرحا بذكر المراجعة

احد وجوهه ولما ذكرناه رجح لان العقد ورد باسم الدراهم فتجوز به مع بقاء اسم الدراهم اولى (قوله)
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء) والحاجة الى التصحح فوق الحاجة الى البقاء على الصحة لانه لا
الصحة يكون هو تركها للمعمر في مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمة موهوم

قال
غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلا منه
اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بعمل للبيع والمعين ضده والشي لا يتناول ضده واما في الاخر فان العقد قد انعقد صححها وفسد حالة
البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح
(قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يرد أنه يؤل الى مقابلة المنع المنع

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم) لان شرط البيوع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تباعا فبفضة بفضة أو ذهباً بذهب أو أحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيوع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهية وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيوع) لتحقيقه

والا فلا يضره النقض في اثبات المطلوب اذا غايتة أنه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع وأمّا في المسئلة الأخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوب بدرهم وثوب واكثر قابلاً بقبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صححوا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلاهما ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليقبض صححوا كما يصرف لينة عقد صححوا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طرأه متحققاً ولا مظنوناً فيجب اعتباره للصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنه ما يتقاضى بعدم العقد قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأمّا المسئلة المستثناة منها ألا وهي الرجوع عن ثمن الثوب والغرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيوع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر القائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد بمالار باقية فان كان مما لا يتفاوت بالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت بالقسمة على القيمة أو ما فيها فية الى بافاً مما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة بالآخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي قوله (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم لان شرط البيوع في الدراهم التماثل وهو بذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما ثم فرع المنصف فرعين فيه أن بعض هذه المبيعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكرهة فقال (ولو تباعا فبفضة بفضة أو ذهباً بذهب) يعني واحدتهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلس أو غيرهما ما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيوع جائز من غير كراهية وان لم يكن فهو جائز مع الكراهية كأن يضع معه كفاساً زيباً أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قليل قال مثل الجبل ولم تر والكراهية عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضاً وقيل بما كرهه لانهم ما باشر الحيلة لاسقوط الربا كببيع العينة فانه مكره ولهذا وأوردوا لو كان مكرهاً كان البيوع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكرهاً ولو لم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهية هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد ديناراً بمقابلته الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهية ولا يخفى أن العقد واحد وكأن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته لجواز أن يتقاضى المحاسن وهنا تحقيق (قوله) (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) في هذه المسئلة أحد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين (قوله على ما روينا) وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والظاهر أنه أراد به ذلك أي أن البائع أراد بهذا العقد العبد الذي ذكرناه وهو أن تكون العشرة بمثابة دينار بدرهم ولو تباعا فبفضة بفضة ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوباً بخمسة عشر درهماً وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهية كالجوزة وكف من زيب وانما كرهه لانه احتيال اسقوط الربا بالزيادة بالحيلة فيكره كببيع العينة فانه مكره ولهذا (قوله)

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم) لان شرط البيوع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تباعا فبفضة بفضة أو ذهباً بذهب أو أحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيوع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهية وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيوع) لتحقيقه

والا فلا يضره النقض في اثبات المطلوب اذا غايتة أنه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع وأمّا في المسئلة الأخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوب بدرهم وثوب واكثر قابلاً بقبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صححوا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلاهما ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليقبض صححوا كما يصرف لينة عقد صححوا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طرأه متحققاً ولا مظنوناً فيجب اعتباره للصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنه ما يتقاضى بعدم العقد قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأمّا المسئلة المستثناة منها ألا وهي الرجوع عن ثمن الثوب والغرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيوع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر القائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد بمالار باقية فان كان مما لا يتفاوت بالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت بالقسمة على القيمة أو ما فيها فية الى بافاً مما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة بالآخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي قوله (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم لان شرط البيوع في الدراهم التماثل وهو بذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما ثم فرع المنصف فرعين فيه أن بعض هذه المبيعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكرهة فقال (ولو تباعا فبفضة بفضة أو ذهباً بذهب) يعني واحدتهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلس أو غيرهما ما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيوع جائز من غير كراهية وان لم يكن فهو جائز مع الكراهية كأن يضع معه كفاساً زيباً أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قليل قال مثل الجبل ولم تر والكراهية عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضاً وقيل بما كرهه لانهم ما باشر الحيلة لاسقوط الربا كببيع العينة فانه مكره ولهذا وأوردوا لو كان مكرهاً كان البيوع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكرهاً ولو لم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهية هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد ديناراً بمقابلته الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهية ولا يخفى أن العقد واحد وكأن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته لجواز أن يتقاضى المحاسن وهنا تحقيق (قوله) (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار)

لجواز أن يتقاضى المحاسن وهنا تحقيق (قوله) (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) في هذه المسئلة أحد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين (قوله على ما روينا) وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والظاهر أنه أراد به ذلك أي أن البائع أراد بهذا العقد العبد الذي ذكرناه وهو أن تكون العشرة بمثابة دينار بدرهم ولو تباعا فبفضة بفضة ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوباً بخمسة عشر درهماً وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهية كالجوزة وكف من زيب وانما كرهه لانه احتيال اسقوط الربا بالزيادة بالحيلة فيكره كببيع العينة فانه مكره ولهذا (قوله)

واما لانه يغضى الى أن يالف الناس فيه يستعملوا ذلك فيما لا يجوز وفان قيل فالمسئلة المتقدمة مشبهة على ما ذكرتم ولم تذكر فيها الكراهة
أجيب بانه انما يذكر حاله ونوع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد تقابله درهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا يتزاد على هذا يكون
الدينار وغير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوطها بالفضل وهو
لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهم ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة
الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون
سابقا أو مقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة
الذي عليه فانه يجوز بالاختلاف وسقطت (٢٧٢) العشرة عن ذمة من هي عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غايه ما في الباب ان هذا عقد

الربا اذا زاد لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة
دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقه
ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة
بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدالا
قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فبالعقد مكرره بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر ان
يكون مكررا وهما اذا فرق بينهما وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على
الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا بقيد وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أضعالى الكراهة كما هو ظاهر
إطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضمن مالا فبذلك ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال
* (فرع) * اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز ولانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة
بالفضة مجازفة ولهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة والتراب ولو اشترى تراب ذهب أو
بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لشيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى
التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى مالم يرد (قوله ومن كان له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة
وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض
ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقه أي من غير أن يقيده بالعشرة التي عليه أما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة
التي عليه يجوز البيع بالاختلاف وقيمة اذا باع دينارا بعشرة مطلقه ثم تقاصا بالعشرة التي عليه خلاف زفر رحمه
الله وهو القياس وفي الاستحسان يجوز وجه القياس أن هذا الاستبدال يبدل العرف فلا يجوز كالأخذ
ببدل العرف عرضا أو دينارا (قوله ووجهه) أي وجه الجواز أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه بالقبض
لما ذكرناه وهو قوله ولا بد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدا بيد والدين السابق لا
يجب تعيينه بالقبض فلم تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة
الى الدين فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي أن يكون القبض شرط لان الاقالة يبيع في حق الثالث
والشرع نالهما فما كان بيعا في حقه قلنا صارت الاقالة ههنا في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع بمثل
هذه الاقالة بل حكم البيع لها في حق الثالث فيما اذا كانت الاقالة بآية قصد او في الاضافة الى الدين تقع
المقاصة بنفس العقد لان المأضافا لعقد الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال
فهذا ونعت المقاصة ههنا بنفس العقد لاجتماعها وعقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض البدلين انما

مرفوف في الصرف بشرط
قبض أحد العوضين
احترازا عن الكالتي
بالكالتي وبشرط قبض
الآخر احترازا عن الربا
وذلك لان قبض أحد
البدلين حصل الامن عن
خطر الهلاك فلم يقبض
الآخر كان فيه خطر الهلاك
لان الدين في معنى التادى
فيلزم الربا وهذا معدوم
فيما نحن فيه لان الدينار
نقد وبذله وهو العشرة سقط
عن بائع الدينار حيث سلم
له فلم يبق له خطر الهلاك
وحاصله ان تعيين أحد
البدلين بعد قبض الآخر
للإحتراز عن الربا ولا ربا
في ديس يسقط وانما هو في
دين يقع الخطر في عاقبته
وان كان مقارنا بان أطلق
العقد ولم يصف الى العشرة
التي عليه ودفع الدينار فاما
أن يتقاضا أولا فان كان
الثاني لم تقع المقاصة مالم
يتقاضا بالاجماع وان كان

الاول جاز وقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدال العرف وهو لا يجوز كالأخذ
ببدل
أخذ ببدل العرف عرضا وجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل
الانقراض بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين الدين والدين لان بدل
(قوله وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد فالأقسام اثنان
سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجله ثلاثة (قوله وبشرط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك الى
الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بان أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينارا في ذمة المشتري مقارنا
للعقد فان الغرض انه لم يتبدل تقاضا قوله مالم يتقاضا (أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة السلام يدا بيد) أقول الاولي أن يقول

الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا أقدم على المقاصة بتراضيهما لا بد من تعميم ولا صحة لهما مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة للغسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرر وذا لولا ذلك كان استبدال البديل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الغسخ ثابتا بالاقضاء ولهما ذلك لان لهما دفع أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاول وهو نظير ما اذا تباعا بالف ثم بالف وخمسائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقضاء يجب ان يثبت على وجه لا يميل به المقتضى واذا ثبت الغسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالغسخ الثالث ان العقد لم يفسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان الاقالة حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (٢٧٣) (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود

(تقع المقاصة بنفس العقد

على ما بينه) وعن الثاني

بان المقاصة تقتضى قيام

العقد وهو موجود لانهما

لما بطل عقد الصرف صار

كأنهما عقدا جديدا

فصع المقاصة به وعن الثالث

بان الاقالة ضمنية تثبت في

ضمن المقاصة بخلاف ان لا يثبت

لمثل هذه الاقالة حكم البيع

وزفر رحمه الله حيث لم يقل

بالاقضاء لم يوافقهم في المسئلة

فتعين له وجه القياس فان

قبل لم ترك المصنف رحمه الله

الاستدلال بتحديث ابن عمر

رضي الله عنهما وهو ما روى

أنه قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم أني أكرى ابلا

بالبيع الى مكة بالدرهم

فأخذ مكانها دنانيرا وقال

بالعكس فقال صلى الله عليه

وسلم لا بأس بذلك اذا افرقتم

وليس يذكرون الجواب

أنه يدل على المقاصة وليس

فيه دلالة على انهما كانا

يبدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والغسخ قد يثبت بطريق الاقضاء كما اذا تباعا بالف ثم بالف وخمسائة وزفر بخلافه لانه لا يقول بالاقضاء

لان تعيين أحد البدين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر له بالدين مساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البديل الآخر قد تحقق سابقا فمدا الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضاف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلق لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المدون بالعشرة دينار بعشرة وهي مسئلة السكاب ثم تقاضا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلق فلا يصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العشرة مطلقا تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه قبض سابق كما ذكرنا ولا يسأل به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار دفع العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسائة فان الغسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه

يكون شرط الاحتراز عن الربا فانه اذا كان أحدهما مقبوضا والآخر غير مقبوض واقتضى ان يكون بيع عسرين بدين والعين خبر من الدين لان الدين مما يقع الخطر في عاقبته ولا خطر في دين يسقط فلا ريب بينه وبين المقبوض في المجلس ألا ترى أن الدين بالدين حرام ثم لو تصار فادراهم دينين بدنانيرين صح لغوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه في الابتداء لا يصح فكذا اذا حول العقد اليه في الانتهاء وهذا لان ما يقابل برأس المال في السلم دين وبالمقاصة لا يتعين برأس المال فيكون دينان دين وفي الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس والافتراق عن عين دين جائز وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه في الدين المتقدم لا تقع بنفس العقد دفع التأخر أولى فاما اذا تقاضا قال نفس الأئمة السر حسي رحمه الله لا يجوز المقاصة هنالان الدين لاحق فيكون صرفا دينين سيجب والاصح أنه لا يصح لانه لما تقاضا تضمن ذلك فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا دينين سبق وجوبه والغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قسيرا أو طسوج أو حبة كذا في المغرب فيردها بيت المال لانه لا يافتها ولكن لكونها قطعة

(٣٥ - (فتح القدير والكفاية) سادس) يضيفان العقد الى الدين الاول والى مطلق فلم يكن فاطعا حتى يلتزمه زفر

أقوله عليه الصلاة والسلام هاهنا هاهنا فان اغفل الحديث الدال على وجوب قبض العرضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الآن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلف في ذلك شئ في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لادين لا يميل العقد كالمعنى في كتاب الوكالة فمكان الاطلاق والتقييد سواء فليتامل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفي ذلك للعوار انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وتزلا التفصيل في موضع يحتاج اليه يكفي لجهة الاستدلال

وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا
فغير رواية في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها غير الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها
شمس الائتمون فاضيحان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنسي على الله عليه وسلم يجوز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وجه
الأصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانقضاء الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة وهذا هو
الموعود من الجواب عن السؤال (٢٧٤) الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا أضيف أن القياس يقتضي أن لا تقع المقاصة بين الدين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لنضمه انقضاء الاول والاضافة الى دين
قائم وقت تحويل العقد فكيف ذلك الجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيج ودرهمي غلة بدرهمين صحيجين
ودرهم غلة) والغلة ما رده بيت المال وياخذها التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط
اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب
فهو ذهب ويعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياذ حتى لا يجوز بيع الخالص لا يبيع بعضها
ببعض الامتساو يافي الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة
لانها لا تنطبق الامع الغش وقد يكون الغش خلقيا كافي الردي ومنه فيلحق القليل بالرداء والجيد والردي
العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيد في العقد بها والالم يكن قضاؤها أصلا فلا وجود للمطلق بقيد الاطلاق
وعلى ذلك مشروا وتقريبه أن ما لا يغير ما وجب العقد فقد فسدها الى عقد آخر اقتضاء والمالم يقل زفر بالاقتضاء
ولذا لم يقل في اعتق عبد الله بن أبي الف أنه يقع عن الأمر اذا أعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا
كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بها لها بان عقدا على الدينار
بعشرة ثم باع مشترى الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عن بائعه راية لا يصح والأصح أنه
يصح لما ذكرنا من حصول المقصود على ما ذكر المصنف من حصول الانقضاء والاضافة الى الدين بعد
تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب
منه فقد صار قاصا لا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيجين
ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيج والغلة ما رده بيت المال) لا لز بافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة
يكون في القطعة ربع ومن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالي وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالجمعة
ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ)
الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب على الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة
أقل أو متساو بين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم قهما كالذهب الخالص والفضة
الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبق الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كافي الردي ومنه)
الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداء مهذبة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذلك الغش المخلوب الخاطا له
بها واذا كانا كالحالين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب والفضة الامتساو بين في الوزن وكذا
يبيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بالادونا كما استقرض الذهب والفضة الخالصين
(قوله ووجه تحقق المساواة في الوزن) أي وجه الجواز شرطا للصحة لان المساواة في الوزن متحققة
والمساواة في الجودة ليست بشروط لما عرف أن الجودة ساقطة العبرة بقوله عليه السلام جيدها وديتها
سواء

والعين أصل لعدم المجانسة
الا انه استحسّن ذلك بالآخر
ويقوى هذا الوجه ان
الدين لا يتعين بالتعيين كما
تقدم فالمطلق والمقيد منه
سواء وقد وقعت المقاصة
اذا أضيف الى الدين السابق
بالانقضاء فكذلك باللاحق
بعد فسخ العقد الاول والا
لكان الدين يتعين بالتعيين
وذلك خلف أو يقال المراد
بعدم المجانسة عدم كونها
موجبة عقد واحد فاذا
أضيف الى الدين السابق
تجانسا واذا أضيف الى دين
مقارن عدم المجانسة بين
العين والدين السابق وانما
المجانسة حينئذ بينهما وبين
الدين المقارن وهذا أوضح
قال (ويجوز بيع درهم
صحيج ودرهمي غلة الخ)
الغلة من الدراهم هي
المقطعة التي في القطعة منها
قيراط أو طسوج أو حبة
فيردها بيت المال لاز يافتها
بل لكونها قطعاً يأخذها
التجار وبيع درهم صحيج
ودرهمي غلة بدرهمين
صحيجين ودرهم غلة جاز

لوجوه مقتضى انتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلان
سواء
المانع ان تصورهما في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان
النقود لا تخلو عن قاييل غش خلقة أو عادة فالاول كافي الردي والثاني ما يخلط للانطباع قائم ببدونه تنفقت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان
المخلوب في مقابله الغالب كالمستلث فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم
التفاضل ما يعتبر في الجياذ فلا يجوز بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الامتساو يافي الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجه الأصح

(وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى به انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالبائع فاسد وان كانت أكثر من صهره (٢٧٥) الوجه المذكور في حلية السيف

(وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صرهما للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصغر) (قوله ولكنه) (صغر) (جواب عما يقال اذا صر الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يفي بالتفاضل شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى بقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود لفضة من الجانبين واشترط القبض في الفضة بشرط في الصغر لانه لا يميز عنه الا بضرر وقال رضي الله عنه ومشايخنا رحمه الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع المتفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فالعدوان كانت تروج بمقابيل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما مناص ثم هي مادامت تروج تكون

(وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه الذي ذكرناه في حلية السيف وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كانت لا تنقص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثابة لها من الخالصة والرائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس) أي بصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة وغش) (صغر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق وتجاوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصغر لانه لا يميز عنه الا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل دراهم غالبية الغش بل اذا كانت الفضة المغلوقة بحيث تتخلص من النحاس اذا أريد ذلك فاما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا راعي فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايخنا) يعني مشايخ ما وراء النهر من بخاري وسمرقندي لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسها متفاضلا (في العدالي) والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع المتفاضل فيها ينفتح فيها باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفسانية فيقتدر جون الى ذلك في النقود الخالصة فمع ذلك حسم الماداة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بن عطاء السكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبائع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض لها بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بمقابيل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الربا (ومادامت تروج

(قوله فهو على الوجه الذي ذكرناه في حلية السيف) يعني ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح وان كانت أكثر يصح (قوله ولكنه صرف) (جواب انه) كالوهو أن يقال ينبغي أن يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس لا يشترط التفاضل في المجلس قلنا انما صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لاحتاجنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مضر وفا الى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف الى جنسه يشترط التفاضل في المجلس لعدم الحاجة الى بقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما تنس في نفي الفساد المقارن ان يكون تصرفهما على الصحة لا في نفي الفساد الطارئ الغطارفة أي الدراهم العطر يفتية منسوبة الى غطريف ابن عطاء السكندى أمير خراسان أيام الرشيد كذا في المغرب (قوله ينفتح باب الربا) متعلق بقوله لم في المعاملات به المعتاد فان

كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد ففيها بالعدوان كانت تروج بمقابيل واحد منهما حديث

لا يمكن منصرفا عليها ثم هي مادامت تروج تكون

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول نتيجة في النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يتناول عن خفاء ثم قوله الى أن

أثماً لا تتعين بالتعيين) فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والسقوف و يبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلم أول لم يعلم أحدهما أو علموا ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرابحة في ذلك البلد الذي علمها عاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لا يتعلق بالعقد بجنسها من الجياذ لم يرضاهم بالزوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل بجنس الزوف وان لم يعلم يتعلق (٢٧٦)

أثماً لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سائمة تتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لا يتعلق بالعقد بعينها بل بجنسها زوفان كان البائع يعلم بحالها التحقق الرضا منه وبجنسها من الجياذ ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رجهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رجه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانه قطع أو انه واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رجه الله وقت البيع لانه مضمون به

وهي أثماً لا تتعين بالتعيين) ولو هلك قبل قبض لا يبطل العقد وان كانت غير رابحة فهي سائمة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا علمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرابحة في ذلك البلد لا بما اشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كان يقبلها البعض و ردها البعض فهي في حكم الزوف والنهر جسة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرابحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلها ويهملها وان كان البائع لا يعلم تعاقد العقد على الأروج فان استوت في الأروج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعين المصنف الجياذ تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها انه (لو اشترى ساعة بها فكسدت) أي قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة) فان كان المبيع قائماً مقبوضاً رده وان كان مستهلكاً أو هالكاً رجع البائع عليه بقيته ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً وان لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه وان الانتقال الى القيمة) وفي المحيط والتمهيد والحقايق يفتى وفقاً للناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشأن (وانه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئاً) فانه قطع (في) أو انه

النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها) والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الأروج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن وأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك ديناراً قالوا وماذا كر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس

يفتوا لانه لو جاز حل الربا في أعز الأموال لقاسوا عليه حل الربا في الذهب والفضة بالتدريج (قوله ثم ان كانت تروج) أي المغشوشة (قوله بل بجنسها زوفاً) أي بجنس الدراهم المغشوشة من الزوف ان كان البائع يعلم بحالها أنما يرفع والمساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش (قوله واذا اشترى بها سلعة) أي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت أي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه والمثل كذا اختار الفقهاء أبو الليث رجه الله وفي عيون المسائل أن عدم الأروج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا

أيضاً (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في عمله من غير موانع شرعية (الا أنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانه قطع واذا بقي العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد عليه قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت نمطاً بالاصطلاح فاذا ترك الناس الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر (قوله يستقيم على قول محمد) أقول لمحمد لا يقول بان الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم

وعند

المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية بنى بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لا نأقول ان
العقد تناولها بصيغة الثمنية لانها ادمت راحة فهي ثبتت ديناً في الذمة وبالكساد يتعدى منها صيغة الثمنية وصيغة الثمنية في الفلوس والدرهم
المغشوشة التي غلب غشها كصحة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بتملك المبيع قبل القبض أو بتحمير العيصير فسد البيع فكذلك هذا
والجواب عن الربط أن الربط مرجو الحصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هالكاً (٢٧٧) من كل وجه فلم يطل لكنه يتغير

بين الغشخ والصبر إلى أن

يحصل أما الكساد في الدراهم

المغشوشة التي غلب عليها

غشها فذلك الثمنية على

وجه لا يرجع الوصول إلى

ثمنيتها في ثاني الحال لان

الكساد أصلي والشئ إذا

رجع إلى أصله قلما يتقل

عنه وإذا بطل البيع فان لم

يكن المبيع مقبوضاً فلا

حكم لهذا البيع أصلاً وان

كان مقبوضاً فان كان

قائماً وجب وده بعينه

وان كان هالكاً ومستهلكاً

فان كان مثلياً وجب رده

مثله وان كان قيمياً وجب

رد قيمته كافي البيع الفاسد

هذا حكم الكساد وحكم

الانقطاع عن أيدي الناس

كذلك واليه أشار المصنف

وجه الله بقوله وعند محمد

يوم الانقطاع وان كان صدر

البعث بالكساد وأما إذا

غلبت بازدياد القيمة ونقصت

القيمة بالرخص فلا يعتبر

بذلك فالبيع على حاله

وبطل به بالدرهم بذلك

العبارة الذي كان وقت

البيع قال (ويجوز البيع

بالفسوس الخ) البيع

بالفلوس جائز لانه مال معلوم

أي معلوم قدره وصفه

وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه وان الانتقال إلى القيمة ولا يحنقه رحمه الله ان الثمن بهالك بالكساد
لان الثمنية بالاصطلاح وما في قبضه يبيع بلا ثمن فيبطل وإذا بطل البيع بحجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمه
ان كان هالكاً كافي البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع
بها وان لم تتعين لانها أمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من

بان لا يوجد في الاسواق لا يطل الاتفاق وتجب القيمة أو ينتظر زمان الربط في السنة الثانية فكذلك هنا (ولابي
حنيفة أن الثمن بهالك بالكساد) لان مالية الفلوس والدرهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلق (وما
بقي) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية (فبقي بيع بلا ثمن) بخلاف التقدير فان ماليتها بما بالخلق
الا بالاصطلاح كإلية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصر مبيعة إذا انتفت ثمنيتها لانها
نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعتراض في بعض الحوائج بان انهاء ثمنيتها
يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من
ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين لأن المحجب نظر إلى أن صورة المسئلة أنه
باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة إذا كسدت قبل القبض وليس في
صورة المسئلة أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باعها على غلط ما يباع بالانمان وهذا لان القرض أن
المبيع وقع حال رواجها أنما ناوأنا كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت
لزوم كونه بيعاً بلا ثمن ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد فلو كسد في بعض البلاد دون
البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لانها لم تملك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار ان شاء
أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع ون شاء أخذ قيمته دنائراً فلو اوماذ كرى في العيون على قول محمد وأما على
قولهما فلا ينبغي أن ينتفى البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع
الفس بالفسوس عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح السهل
فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة
إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسود لم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبيل القبض
فالبيع على حاله لا اجزاء ولا يتغير البائع وعكسه لو غلث قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتغير المشتري
ويطالب بالنقد بذلك العبارة الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالربط ان الربط مرجو الوصول
في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة بمقتضى الوجود
في زمن خاص يرجح فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشئ إذا
رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاهما
فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد لبيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس
لانها نوع من أنواع المال) فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين بل لو عينت لا تتعين ولا عقداً يدفع
غير ما عين (لانها) حينئذ (أمان) كالدراهم حتى لو هلك قبل القبض لا يفسخ العقد ويجوز ولو استبدل
تزوج في هذه البلدة وتزوج في غير هذا يفسد البيع لانه لم يملكه ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء

وانما قال كذلك إشارة إلى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة إليه ثم انما أن تكون نافقة أو كاسدة فحال العقد فان كان الاول جاز
البيع وان لم تعين لانها أمان بالاصطلاح فالأشترى بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد

ذلك على قوله فليتام (قوله لا نأقول إلى قوله فكذلك هذا) أقول ولا بد من التامل في الفرق بين تخمير العيصير وانقطاع الربط حيث يفسد البيع
في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول إلى العام الثاني

رد عينه معني) وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضه والاتفاق به انما يكون بانلاف عينه فان رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معني وهو المثل ويجعل معني العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بحسنه وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فاته وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين أن لو رده مثله حال كونه ناقصا (٢٧٩) أجاب المصنف رحمه الله (بان الثمنية

فضل فيه) أي في القرض اذا لقرض لا يختص به أي بمعنى الثمنية ومعناها ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازمان

الوزن من غير ان يغث القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكمل وموزون أو عدي متقارب وبالكساد يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصغة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحققه ان المثل المجرى عن الثمنية أقرب الى العين من القصة فلا يصار اليها مادام يمكننا (وعندهما يجب قيمتها لانه لم يطل وصف الثمنية تعذر ردها كقبض) وليس المثل المجرى عنها في هذا (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف) يعني بين أبي يوسف ومحمد هما الله (فمن غصب مثليا فانقطع) فعند أبي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند

معني والتمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قضاها لانه لم يطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانين وقول أبي يوسف أسير

اذ لو كان استبدل حقيقة موجبا للمثل استلزم الزم بالنسبة فكان موجبا رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان تملك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمينه لتمايل العين قبل الضرر و رقا كفي رد العين معني وذلك بر المثل ولذا يجبر المصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب في غصب المثل بالانقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والتمنية فضل في القرض) غير لازم فيه ولا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية (ولو ما لانه لم يطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقبض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا وصرفا لان الاوصاف معتبرة في الدون لانها تعرف بها بخلاف الايمان المشار اليها وصفها الغلو لانها تعرف بذواتها وانما خير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) في وقت الضمان اخذ لافهما (فمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر لاقترض من قول أبي حنيفة لان في رد المثل اضراره ثم قول أبي يوسف أنظره أيضا من قول محمد لان قيمة يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر للمستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أسير) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف

محمد رحمه الله وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يبطل البيع بالفساد في ثلث البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلسين وعندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعرض الناس وعند محمد رحمه الله لا يجوز اعتبارا لاصطلاح السكك فالكساد ينبغي أن يكون على هذا القياس أيضا وفي القديري اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد في قول أبي حنيفة ثم رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وان كان مقبوضا فان كان فاعادته على البائع وان كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثليا أو بمثله ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم أو الفلوس فاما اذا غلبت بان اردت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتغير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله وبطلان به بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع اذا انقطعت الدراهم من أيدي الناس قبل القبض فسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وحدا الانقطاع أنه لا يوجد في السوق وان كان يوجد في أيدي الصارفة (قوله والتمنية فضل فيه) أي في القرض اذ حصة استقرض الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا صح استقرضه بعد الكساد (قوله وأصل الاختلاف) أي أصل الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد هما الله وانما قيدنا به لانه بنى هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثل كالمطرب مثلا وفيه كان الاختلاف بينهما فظاهر الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية وفي فوائد الخبازي وأصل الاختلاف فمن غصب مثليا فانقطع

محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجيء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للمقرض والمستقرض لان على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع

لا يمكن الانتفاع به الا باهلاكه عينه وكل اعارة كذلك موجبا رد العين معني فهذا كذا الآله لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الاوتباط قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافي في بعض النسخ أنظر

وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشترت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان (٢٨٠) ذلك النصف من الدرهم فلوس لانقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب

قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بغيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدائق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولوقال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله لا يجوز بالدرهم ويجوز فيها

عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدائق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بغيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودائق وقيراط

فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) فأكهة أو غيرة هاتان قال مثلاً بائع سلعة اشترى يتهامنك بنصف درهم فلوس فقال بعثك (انعقد مو جباً الدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدائق من الفلوس) وهو سدس درهم (أو بغيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدل بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط ابقاءه من الفلوس وهو صفة في صفقة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوس أو هو أن يبيعه بالدائق فلوس ونحن نقول ان ما يباع بالدائق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف درهم وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفة في صفقة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (وقال بديرهم فلوس أو درهمين فكذلك عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا فيما

منه موزونة وذكرة لا يغني عن بيان العدد في الثمن مجهول وهو مانع عن الجواز وقتنا فرض المسئلة فيهما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً من حيث العدد فكان مغنياً عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوماً وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوز في مادون الدرهم خاصة لان في العادة المبيعة بالفلوس في مادون الدرهم فكان معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول أبي يوسف لاسمياً في دارنا على عدم المنازعة لكونه معلوماً ولا شراً لالعرف فالوجه انه

الآن هناك تعتبر القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الغصة يوم الخصومة لا يفسد لان قيمتها كاسدة وعينها سواء على ايجاب العين كاسدة أو عدل من قيمتها كاسدة فأوجب مثلها كاسدة وعندهما ماوجب اعتبار قيمتها ارجحاً اما يوم القبض أو آخر يوم كانت ارجحاً فيه فكسدت كان ايجاب قيمتها من الغصة أولى من ايجاب عينها كاسدة كافي بالمسوط وقول محمد رحمه الله أنظر في حق المقرض بالنظر الى قول أبي حنيفة رحمه الله وكذا في حق المستقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف رحمه الله وفي فتاوى قاضيان رحمه الله قال محمد رحمه الله عليه قيمتها في آخر يوم كانت واجبة وعليه الفتوى وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر أي للمفتي أو القاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بخرج وفي المحيط ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة أو هالكة والفلوس المغصوبة اذا كسدت فإن كانت قائمة رديها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي مر وهذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة أخرى في كتاب الغصب أن من غصب رطباً وهلك عنده أو استهلك ثم انقطع أو ان الرطب قال أبو حنيفة رحمه الله عليه قيمة يوم الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله قيمة يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد رحمه الله وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله وبعض مشايخنا في زماننا افتوا بقول أبي يوسف رحمه الله (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس) أي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة (قوله من الفلوس) بيان

للجانبين اه والظاهر أن كونه انظر لجانب المقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعني وجوب القيمة

يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شيء ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته دون مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر وأي وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بديل (قوله أو بغيراط فلوس) أقول وهو نصف السدس (قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه

(ومن أعطى صير فيادرهم بالخ) هذه ثلاث مسائل الأولى أن يغطي درهم كبير أو يقول أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفاً أي: درهم صغيراً وزنه نصف درهم كبير لا حجة تجاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي (٢٨١) عنده حاله قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا

مائع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاجبة وهو ربا فلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجعاً عليه فيشبع كما إذا جمع بين حرو عبدوا باهم مصفة واحدة عبارة الكتاب يدل على انه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية ان تكرار لفظ الاعطاء والمسئلة يحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لاوجب فساد الآخر كما قال يعني بنصف هذه الالف عبداً وبنهها ذناً من الخرفان البيع في العدد صحيح وفي الجهر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة الصفة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن البيان والشخ لامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضاً وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفة

فان قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة

(قوله كما لو قال يعني بنصف هذه الالف عبداً ونصفها ذماً من الجهر) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الالف عبداً ويعني بنصفها ذماً من الجهر بتكرار لفظ

بمعنى قال المصنف (ولو قال أعطني نصف درهم فلوس) أقول قال ابن الهمام يجوز في فلوس الجهر صفة مثلاً درهم والنصب مصفة للنصف انتهى ويجوز على رواية الجهر أن يكون صفة للنصف والجهر على الجواز

دون الدرهم لان في العادة المبايع في الفلوس فيمادون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا قول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسمياً في ديالنا قال (ومن أعطى صير فيادرهم ما قال أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفاً لا حجة تجاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاجبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي فيشبع وقدم نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه بكوابهم ما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفاً لا حجة تجاز) لانه

دون الدرهم لان المبايع في العادة في الفلوس فيمادون الدرهم فيصير معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا قول أبي يوسف رحمه الله أصح ولا سيما في ديالنا (أي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدرهم ولان المداير هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تعميها للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يخرج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صير فيادرهم ما قال أعطني بنصفه) أو بعبارة أخرى قيراط منه (فلوسا ونصفه نصفاً لا حجة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الاجبة وقس الباقي (جاء البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف) درهم (الاجبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي) مقارن للعقد (فيشبع وقدم نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشبع الفساد اتفاقاً اذا فصل لا يشبع عندهما وعند بعضه يشبع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بان قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطي بنصفه نصفاً لا حجة (كان جوابه بكوابهم ما) في أن الفساد يخص النصف الآخر لانهما بيعان (لتعدد الصفة وهذا هو المختار خلافاً لما حكي عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب ولفظ أعطني مساومة واذا كان قوله يعني بكذا ليس ايجاباً حتى لو قال بعث لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشبع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجسه المختار ان ذلك صار معلوماً المراد أنه ايجاب وعلى هذا قلون يعرف في مثله صح أيضاً الا أنهم لم يذكروه وأن الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعلى يعني النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوسا ونصفاً لا حجة تجاز) فيها (لانه

ما يباع وفي المغرب الدائق بالغض والكسر قيراطان والجمع دائق ودوائق وفي الصحاح الدائق سدس الدرهم والقيراط نصف دائق ومن أعطى صير فيادرهم ما قال أعطني نصف درهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة أي فضل وقيل بان يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صرفاً وصير في كذا في المغرب (قوله والفساد قوي) لانه مجع عليه وقدم نظيره وهو ما إذا جمع بين حرو عبدوا باهم مصفة واحدة فلوسا وبين غن كل واحد منهما يشبع الفساد في الكل بالاجماع وان بين يشبع الفساد على قول أبي حنيفة رحمه الله ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه بكوابهم ما لانها بيعان بان قال أعطني بنصفه كذا فلوسا وأعطي بنصفه الباقي نصفاً لا حجة فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن البيان والشخ الامام شيخ الاسلام رحمه الله ههنا أيضاً يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفة متحدة لانهم لو تفرقت انحاطت بذكر قوله أعطني ولا وجه اليه لان قوله أعطني مساومة بتكرار

قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه
بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى أعلم بالصواب
(كتاب الكفالة)

قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة في (يخري للجواز بان (يكون نصف
درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لسا كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من
الفلوس به كان الحاصل أعطى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة وما يباع
بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطى بنصفه نصف درهم فلوس ونصفه
نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للصحح أن المعنى على ذلك التقدير أعطى بهذا الدرهم نصف
درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبته
وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) يعنى القدوري
(ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاول ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ويجوز في فلوس الجرصفة لدرهم
والنصف صفة للنصف *(فروغ)* تقدم بعضها في ضمن التعليق فرما يغفل عنها تصارفا جنسا بحسب
متساويا فزاد أحدهما وحط شيئا وقبل الآخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلحق
فيهما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم
اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة باصل
العقد كالشافعي وأحمد وجهما الله لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افتقر فالعن قبضها بطل حصتها من البذل
الآخر كأنه باع السكك ثم فسدت في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفريق أو بعده ويرد الذي
حط ما حط وان كان الحط قبضا ذهب فهو شريل في الدينار مشللا في تبعيضه ضررا وكل مال روى
لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة
أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجه المشتري معياله أن يرد به بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض
الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض مع الرد والباطل
وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان عذر الرد بان هلك في يده أو حدث عيب آخرو جمع بارش
العيب ان كل الثمن ذهب بالتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع بعيبه ذلك
وان خيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدينار درهم ولا دينار هذا ولا درهم لا لا خرم افتراضا وتقابضا قبل التفريق
جاز وفي المكبل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدينار درهم ولا درهم لهما ثم نقد
أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم الطهراوي اشترى سيفا حليته
مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائة درهم قبل التفريق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء
فسخ والمائة ليست بشرط بل يز يد شيئا ليتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفريق بطل العقد
في السكك ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

(بسم الله الرحمن الرحيم) *(كتاب الكفالة)*

أو رد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحقها في الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطعن البائع الى
المساومة لا يتكرر البيع ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى أن من قال لا تخو يعنى فقال بعث لا
ينعقد البيع ما لم يقل الا خراشريت وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبذكره كيف يتكرر
العقد وكانت الصفة واحدة والصحح أنهم ما يباعان فلا يشيع الفساد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر) أي
مختصر القدوري والله أعلم

(كتاب الكفالة)

لا ينعقد البيع فان من قال
يعنى فقال بعث لا ينعقد
البيع ما لم يقل الا خرا
اشتريت وإذا كان لا ينعقد
بذكر المساومة فكيف
يتكرر بتكرارها قيل
والاول هو الصحيح وهو اختيار
المصنف رحمه الله والثالثة
أن يقول أعطى نصف
درهم فلوس وفي بعض النسخ
فلوسا بدل عن نصف ونصف
الاحبة جاز والفرق بينها
وبين الاولى انه لم يكرر لفظ
بنصفه بل قابل الدرهم بما
يباع من الفلوس بنصف
درهم ونصف درهم الاحبة
فيكون نصف درهم الاحبة
بمثله والباقي بازاء الفلوس
قال المصنف رحمه الله (وفي
أكثر نسخ المختصر ذكر
المسئلة الثانية) أراد قوله
أعطى نصف درهم فلوس
ونصفا الاحبة وهي الثالثة
فيما ذكرنا يريد بذلك ان
المسئلة الاولى ليست
بمذكورة في أكثر نسخ
المختصر قال أبو نصر الا قطع
في شرحه للمختصر وهو غلط
من الناسخ والله سبحانه
وتعالى أعلم

(كتاب الكفالة)

عقب الميسوع بذكر
الكفالة لانها تكون في

(كتاب الكفالة)

البياعات غالباً ولا نهذا
كانت باسكان فيها معنى
المعاوضة انتهاء فناسب
ذكرها عقب البيوع التي
هي معاوضة (والكفالة
في اللفظة هي الضم قال الله
تعالى وكفلها زكريا)
أي ضمها الى نفسه وقرئ
بتشديد الفاء ونصب زكريا
أي جعله كافلاً لها وضامناً
لمصلحتها (وفي الشريعة
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاول
اصح) لان الكفالة كما تصح
بالمال تصح بالنفس ولا
دين ثمة وكما تصح بالدين
تصح بالاعيان المضمونة
لنفسها كما سجيء ولا نهلو
ثبت الدين في ذمة الكفيل
ولم يبر الأصيل صا الدين
الواحد دينين وعورض
بما اذا وهب رب الدين دينه
للكفيل فانه يصح ويرجع
به الكفيل على الاصيل ولو
لم يصر الدين عليه لم يملك كما
قال الامام السرخسي في
مبسوطه في باب كتاب القاضي
في الكفالة من كتاب الكفالة
لو كتب القاضي الى القاضي
بكتاب في كفالة بنفس رجل
ولم يبين في كتابه انه كفل
بأمره فانه لا يؤخذ به بذلك
بمثلة ما لو أقر أنه كفل بغير
أمره وهذا لانه لو كفل عنه
بمال بغير أمره لم يكن عليه
أن يخلصه من ذلك لانه
الزتم باختياره فكذلك اذا
كفل بنفسه بغير أمره انتهى

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

المشتري فاحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطعن المشتري الى البائع فاحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعد هاء أو ردها في التعليل بعدها وأهلها مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصبح بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لم يزل تقديم الصرف لانه من أبواب المبيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده وبجانب الكفالة جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفاها مونة ما أهمها وقرجاً شها وذلك نعمة كبيرة عليهم ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديدية ضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان أتاح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفيل لما كفل جماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه ما تقرب الى الله تعالى أو ازالة للآذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهجمه ما أهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاحية والضرر الذي ذكرناه آتياً ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حل بعير وأمانه زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم خارج رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الامن الثلث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتابة لانه ليس ديناً صحيحاً فلا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل انبدا الى العتق وأن يكون مقدور التسليم وأما فهو مهالفة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقاً بعيناً أو معنى قال في المغرب تركيبة دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كسائه يدار حول سنامه كالخوية تركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فمما أشار اليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول اصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسهط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخالف من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد الفين كاذ كره بعض الشارحين قال في المبسوط واما من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل فلا استيفاء لا يكون من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما بوجوب براءة الآخر فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه يحقق بموافقة أحدهما وبغير ذلك لا يبرأ الآخر وما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والخاص أن ثبوت الدين في الذمة اعتباراً من الاعتباران الشرعية بخلاف أن يعتبر الشيء الواحد ذمتين انما تمتنع في عين ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين وليكن المختار ما ذكرناه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتبار ذمة في الذمتين وان أمكن شرعاً لا يجب

هي الضمة لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال النبي عليه السلام أنا وكافل اليتيم كهاتين أي ضام اليتيم الى نفسه ثم قيل أي في الشريعة هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رحمه الله فيصير الدين الواحد ذمتين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة بالايفاء الدين ولا دين محال اذا المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيئا صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين

الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحح التصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بان يكون تسكون بالاعيان المضمة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقية ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيوع به فافسادا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بهما ويجب تسليمها واذ اهلك يجب تسليم قيمته اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستاجر في يد المستاجر تصح الكفالة بها ومتى هلك لا يجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالودعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلاً وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالانقضاء الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على اجازة الطالب أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل وأما حكمها فثبت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه المطالبة الاصيل أولاً وفي رواية يثني مالك لا يطالب به الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ودادور أبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبه الاصيل أصلاً كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب اصحابه احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على رضي الله عنه أنا لله ارضاه من فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزاك الله خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أنه خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه ابرئ من الضمان والعمامة وقوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الا أن بردت جلده وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مدين لم يخاف وفاء وقوله فك انك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكاه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان علي اذ يدل على أن الضمان

قبل الكفالة لان تسليم الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فعملنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصح التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

في ذمتها فلا استيفاء لا يكون الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ماض من لقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من أحدهما غير أن هنالك اختياره تضمين أحدهما ببراءة الآخر لما فيه من التملك منه وهما لا يوفى ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك المطالبة كل واحد منهما والاول أصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان في تصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل أو اشترى به منه شيئاً حينئذ جعلنا الدين عليه ضرورة تصح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود أصل الدين فاما أن يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا ألتري أن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالمبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطاً بالتأجيل فكذلك

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضعون بهم الحضور المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه وقباني مثله لا يتقاده ليسلم ولا نه (٢٨٥) لا قدره على نفس المكفول به شرعا

أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلا ن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولا يفي بنفسه ليسلم كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولا يفي ليوذي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم أي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلة يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك الا لزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بعهة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبي عن لزوم ما ينضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه ونقرر انه لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه (قوله اذلا قدرة له على نفس المكفول به) الغاضى على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضعون بهم الحضور المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذلا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيجلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان لقاضى في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أي القدوري (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضعون بهم الحضور المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف لا قولنا استدل لقوله المضعف (بانه التزام لا يقدر على تسليمه اذلا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصاً اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالة لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بين الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم لزعيم غارم) باعتبار وعده وقوله (بنوعيه) أي نوعي عقد الكفالة واعترض بانه يخص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للعالم وأجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداما يلزمه مما ينضر والغرام اللازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الخافه بجامع عموم الحاجة اليها احياء الحقوق مع الإيجاب والقبول والشرايط وما لم أر من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه ينقاد اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليله ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنياً على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تامل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلاً في ثمرة وكان بين علي وعمر

الترابا بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز أن يفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك الدين عن ملك العين في حق المرتبة فكذلك يجوز أن يفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين كذا في البسوط وأما كنهها فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد هما الله خلاف في يوسف رحمه الله في قوله لا تخر حتى أن عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله آخر الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد واختلف المشايخ رحمه الله في قوله لا تخر أن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً وللا طالب حتى الرد فائدة هذا الخلاف انما تظاهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول فن يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل و ما شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص لغوات شرطها اذ غير الجاني لا يؤخذ بجناية الجاني وأن يكون ديناً صحيحاً ولهذا لم تصح الكفالة ببذل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفة القياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة وأما أهلها فاهل التبرع بان كان حراماً كقفل الصبي وحكمه او جواب المطالبة على الكفيل (قوله بنوعيه الكفالة بالنفس والمال) فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على

نوعه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليله (قوله والحاجة ماسة) استظهر بعد من الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه المانع منتف لاذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العبادسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا في نواحيها

(قوله مبني على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبت بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما أنقأ

قال (وتنعد إذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به وعن البدن حقيقة كقوله تكفلت (٢٨٦) بنفس فلان أو بجسده أي بدنه وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه

قال (وتنعد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو برأسه وكذا أي بدنه وبوجهه) لأن هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تختزأ فبكان ذكر بعضها شائعاً كذا كبر كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت ببدن فلان أو بوجهه لأنه لا يعبر به عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليها وفيما تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمنته) لأنه نص صريح بوجهه (أو قال هو) (على) لأنه صيغة الالتزام (أو قال إلى) لأنه في معنى على في هذا المقام

رضي الله عنه ما خصه وفكفلت أم كلثوم بنفس على رضى الله عنه وعرض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجباً كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها لما قبل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجهه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعند صحة الكفالة الزوم النفاي فان الحد يمتثل في دونه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيه ما أو ما الجبر على إعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك لا يندأ أي حنيفة خلافاً للهماء ما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليوذي فلان الكفالة لا تغيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء ما أن يجيب ويحضر أولاً في الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (غمله وتنعقد إذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وجبيل وعلى والى والى عندى هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى وجهيل بالخاء المهملة بمعنى كقبيل به يقال جسد به حمله بفتح العين في الماضي وكسر هاء المضارع وروى في الفائق الخليل ضامن وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضها وكسر هاء المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت الى جلة البدن أو ما يعبر به عن الجلة حقيقة في الالفاظ والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا جليل أو زعيم بنفسه أو برقبته أو بوجهه أو جسده أو رأسه أو يده أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة مجازاً كهورأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذ كر بمجرد وجهه الله ما إذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كفاي الطلاق الآن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذا عين بما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أمافي زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بده أو بوجهه ويتأني في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) إذا أضاف الى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تختزأ فذكر بعضها شائعاً كذا كبر كلها) ووجه ضمننت (بأنه نص صريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه

وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئاً كيف يستدل به على مشروعيته قلنا الغرم ينبي عن لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار والحاجة ماسة الى هذا النوع وهي ضرورته احياء حقوق العباد لانه بما يغيب نفسه فيتوى حق صاحب الحق وعن المجاورة أنهم جوزوا والكفالة بالنفس (قوله اما حقيقة) كنفسه وجسده وبدنه أو عرفاً كفاي بر وجهه أو برأسه أو بوجهه (قوله لانه نص صريح بموجبه) أي موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامناً للتسليم والعقد ينعد بالنص صريح بموجبه كعقد البيع ينعد بلفظ التمسك الكل العيال قال الله تعالى وهو كل على مولاه والجمع الكول والكل اليتيم أيضاً والمراد ههنا

وبرقبته فان كلا منها مخصوص ببعض خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تختزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذا كبر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما إذا قال تكفلت ببدن فلان أو بوجهه لانه لا يعبر به عما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليها وكذا تنعقد إذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا إذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلو رثته ومن ترك كلاً أو عيالاً والكل اليتيم والعيال من يقول أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا إذا قال أنا زعيم لان الزعامة هي الكفالة وقد روي نافيها أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصل قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لك اعرفة فلان لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى

قال

انه اذا قال أنا ضامن لك اعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس

(قوله وكذا اذا عبر الخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر به عما عن البدن) أقول لاحقيقة قوله لا فلو رثته النقض بمثل قوله تعالى تبت يداه ليهب

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره مرث ذمته وان لم يحضره لا يستجمل في نفسه لعله مادري لما يدعي) فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان (٢٨٧) يكون لعجز أو مع فدره فان كان الثاني

حسبه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه وبجيبه فان مضت المدة ولم يحضره حسبه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان

يرافقه على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للعالم حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للعالم وان كان الثاني فقال الكفيل لا يعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للخارجة في كل وقت فالتقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالتقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل وبجبهه الحاكم الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينه بالثابت معاينة

قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا أو عيالا قال (وكذا اذا قال ان زعيمه أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقدر ويناقبه والقبيل هو القبيل ولهذا سمى الصلح قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لعجزه لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان احضره والا حجب به الحاكم لا امتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحسبه أول مرة لعله مادري لما يدعي ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وبجيبه فان مضت ولم يحضره بحسبه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق

قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا أي يتجمل (فالي) لان العطف يقتضي المعاصرة وقوله (وقدر وينا فيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث برده قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا فليتنا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدم بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فالي ومن ترك مالا فلورثته وأما وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ورثه ورثه وابن حبان في صحيحه وفي الفاظ لابي داود وأبى بكر بن مؤمن من نفسه فن ترك ديناً أو ضيقه فالي (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لعجزه) لا تثبت به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا لعجزه ولو كذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لعجزه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي المعرفة الكفيل للمطالوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبو سليمان الجوزجاني عن رجل قال لا أخراً أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الققيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد في خزانة الواقعات وبه يقتضى أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فبين قال أنا ضامن لك بعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النبي لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بمبادل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حاله فنده بما اذا قاله منجز فلو علمه يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فلان أو أدى نظيره في النذر لو قال أنا أجلا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا أجلا يلزمه الحج (قوله فان شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والا حجب به الحاكم لا امتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحسبه اذا فاند في حسبه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للعالم ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مطالبة الكفيل فيحبس الى أن يظهر له قاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالعسار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا منعه من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة فيخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالتقول للطالب

الزيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعوله أي يعوته (قوله وقدر ويناقبه) وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لعجزه لان موجب الكفالة التزام الله ليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفي القارسية بان قال من ضامن دانستن وى راعامة المشايخ قالوا يكون كفيلاً فكانهم فرقوا بين القارسية والعربية كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة

قال المصنف (فان شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله كفي في الدين المؤجل فقوله في ذلك يجوز ان يكون من باب التنازع قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاء اليوم على هذا

قال (واذا أحضره وسلم في مكان الخ) اذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلم في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فإذا سلم في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلم في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الأئمة السرخسي (٢٨٨) المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا

قال (وكذا اذا ارتدوا والعباد بانه ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فذلك اسقاطه كافي الدين المؤجل قال (واذا أحضره وسلم في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الامرة قال (واذا كفل على أن يسلم في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد اعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير مصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة فترجه الله للقدرة على الخصامه فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيمأينه فالتسليم لا يقيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيها عينه يتوهم أن يكون فيها سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متصفا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان الاعتبار بكنهه من أن يحضره مجلس القاضي اما لثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني

ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فاقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويجبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضممان فلا يصدق في دعوى ما يسهطها فان أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب) يعني عمله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه والمحقق وان كان موافقاً وحكمي في ماله لا يعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد فبأنسبة على حالها ولا يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للاسافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيمادونها والثاني يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة (قوله) واذا أحضره وسلم اليه في مكان يقدر المكفول له (على) أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر (من الامصار) برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كما رويون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامرة) وقد حصلت ثم الشرط ذهابه ومجيئه) ويستتق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى أن يعرف مكانه لانهم ما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويجبس القاضي الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتباراً بالثابت بالبينة بالثابت معاً وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل عمله القاضي مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كونه حكماً في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته * وفي الذخيرة اذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادراً على رده بان كان بيننا وبين أهل الحرب موادة فان من لحق بهم مرتداً وردوهم علينا اذا طلبنا عمل قدر الذهاب والمجيء وان لم يكن قادراً على رده بان لم يتقدم موادة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤخذ به (قوله) لحصول المقصود) اذا المقصود من التسليم في مجلس الحاكم مكان الخصومة واستخراج الحق باثبات

وقدمه رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل السلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل (وان كل مصر منقاد لامر الخليفة الا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصراً وفي مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد بنهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة ففقد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه ففعل للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فبؤذ كرفي الواقعة على رجل كفل بنفسه رجل وهو مجوس فلم يقدر أن يأتي به (قوله) فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

وقدمه رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل السلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل (وان كل مصر منقاد لامر الخليفة الا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصراً وفي مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد بنهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة ففقد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه ففعل للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فبؤذ كرفي الواقعة على رجل كفل بنفسه رجل وهو مجوس فلم يقدر أن يأتي به (قوله) فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

الكفيل لا يجبس الكفيل
لأنه عجز عن احضاره ولو
كفل به وهو مطلق ثم جبس
جبس الكفيل حتى يأتي
به لأنه حال ما كفل قادر على
الاثبات به قال (واذا مات
المكفول به برئ الكفيل
من الكفالة بالنفس) بقاء
الكفالة بالنفس ببقاء
الكفيل والمكفول به
وموتها أو موت أحدهما
مسقط لهما أما اذا مات
المكفول به فلا ن الكفيل
عجز عن احضاره ولأنه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط
الحضار عن الكفيل وأما
اذا مات الكفيل فلا نه عجز
عن تسليم المكفول بنفسه
لإمكانه فإن قيل فليؤد الدين
من ماله أجب بان ماله لا يصلح
لإبقاء هذا الواجب وهو
احضار المكفول به وتسليمه
الى المكفول له لاصالة وهو
ظاهر لأنه لم يلزم المال
ولانابة لأنه لا ينوب عن
النفس بخلاف الكفيل
بالمال فإن الكفالة لا تبطل
بموته لأن ماله يصلح نائباً
المقصود بإبقاء حق المكفول
له بالمال ومال الكفيل
صالح لذلك فيؤخذ من تركه
ثم ترجع وروثته بذلك على
المكفول عنه اذا كانت
الكفالة بأمره كفي حالة الحياة
واذا مات المكفول له فلا وصي
أن يطالب الكفيل ان كان
له وصي وان لم يكن فلوارثه

(وان سلم في برية لم يبرأ) لأنه لا يقدر على الخاصية فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض
يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة لا القدرة على الخاصية فيه
وعندهما لا يبرأ لأنه قد تكون شهوده فيما عينه ويوسمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر
على الخاصية فيه قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز عن احضاره ولأنه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادر على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لإبقاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فلا وصي أن يطالب

عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الأخيرة
من مسائل التسليم ووضعهما هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة الخاصية في الجلة وهما يقولان المقصود
من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على خاصيته وهذا لا يكون ظاهراً الا في مصر لان شهوده ظاهر
فيه لافي غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدة المقصودة به وقولهما أوجه وفي الفتاوى القاضى اذا أخذ
كفيلاً من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلم الى القاضى أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعى لا وهذا اذا
لم يضاف الكفالة الى المدعى فان أضاف بان قال الكفل للمدعى فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضى
أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلم في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة الخاصية
وحين اختلاف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إيصاله الى حضرة
القاضى بمعونة الناس وعبار العار بقى الآن لا يقدر ولا يعاونون ان قدر وافكان التقييد مفيد وقد
روى عن أبي يوسف نصاً وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب أن يقضى بهذا ولو شرط تسليمه عند
الامير فسلمه عند القاضى أو عزل ذلك القاضى وولى غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة (ولو سلمه
في برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقاً (ولو سلم في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه)
وفي المتن قيل كفل بنفسه حبس ينفى للقاضى أن يجزعه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده
الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفسه رجل حبس المطالب
في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضى فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لأنه في السجن ولو ضمنه وهو
في السجن يبرأ ولو دخل عن الحبس ثم حبس ثانياً فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور
التجارة ونحوها مع الدفع وان كان في أمر من أمور الساطن لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ
الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا
القيس في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت بنفسى اليك عن كفالتك كان
جائزاً أيضاً برئ الكفيل وفي الوقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل
لا يجبس الكفيل لأنه عجز عن احضاره (قوله واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز
عن احضاره ولأنه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعنى يبرأ
(لأنه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإبقاء هذا الواجب) الذي هو احضار النفس
(بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فبطلت به الوصي
فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان كانت

حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر (قوله لأنه قد يكون شهوده فيما عينه)
وذلك القاضى يعرف حادته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر * قلنا لو عمل شهوده فيما سلمه وهذا القاضى
يعرف حادته فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالمين المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر
كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلاف المشايخ فيسه (قوله لا يقدر على المحاكمة فيه)
لان الغرض من التسليم تمكينه من احضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذلك لا يتأتى اذا كان محبوساً (قوله

أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخر بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت اليك فانابريء فدفعه اليه برى لانه يعنى البراءة وذكره لتذكر الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجدوا التنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراف فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وبكل الاستمتاع فانه يثبت بالذبح الصحيح لكونه موجباً وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف أى لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب التصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها. ويرى محام ليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لادفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا النفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتاً بعد وقت حتى يصل اليه حقه فاعل (٢٩٠) الطالب يقول ما لم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب

الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل فاذا دفعت اليك فانابريء فدفعه اليه فهو رى) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفاله صح

الكفالة بأمره كما في الحياة ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركه حلاً ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضاً أموالاً المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كالا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصى أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل فاذا دفعت اليك فانابريء فدفعه اليه فهو رى لانه) أى دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعنى الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجواز عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كفى قضاء الدين) يعنى اذا سلم المسدود الدين للدائن ولا مانع من القبض برى وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المعضوب على المالك يبرأ مع أنه حان فلهنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة ما أريدت الا لتوثق لاستيفاء الحق فسلم يستوفيه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة توجب التسليم مرة لا بقصد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أى من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صح)

ولا يشترط قبول الطالب التسليم وفي المبسوط ويستوى ان قبله الطالب لم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايغاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمدين اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرر به من عليه فانه يمتنع من ذلك ايغاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته أى من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان يبرئ الكفيل لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع أى دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعاً كالخيل اذا قضى الدين فلذلك صح

على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايغاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لم يمتنع عن ذلك ابقاء لمحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصل نفسه عن كفالته أى كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان يبرئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طوبى به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين

جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا اذا ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أى لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعاً فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل لبرأه لان جهة أخرى كايينا ولا يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يتل عن كفالة فلان وهو بخلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوف بفلان الى شهر فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت انذ كور ضمن المال وافاه أى آناه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مقيدل لانه ان لم يقاله لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافقة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مقيدل لانه اذا قال فعلى ما لا عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهة المكفول به لا تمتنع صحة الكفالة لا بتمامها على التوسع (قوله فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظر راجع الى ما في قوله فاذ ذكر في النهاية

وليد الزوال قال كملت لك بما أدركت في هذه الجارية التي اشترى بها من ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشبهة صححت مع انهم لم تعلم هل تبلغ النفس
أولاً ثم الحكم في هذه المسئلة شيان أحدهما صحة الكفالة وفي خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أدائه
ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافقة وهو ظاهر
اتصريحه بذلك كراهة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم (٢٩١) الموافقة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر

ان تعليق الكفالة بشرط
متعارف صحيح فاذا صح
التعليق ووجد الشرط
لزمه المال وعلى الثاني قوله
لان وجوب المال عليه
بالكفالة لا ينافي الكفالة
بنفسه وتقرر بانه الكفالة
بالنفس لما تحققت حقاً
للمكفول لانه لا تبطل الا بما
ينافيها من التسليم أو إبراء
أوموت وليست الكفالة
بالمال منافية لهسما
لا اجتماعهما ولا ان كلاهما
للتوثق فلا تبطلها وكيف
تبطلها وقد يكون له عليه
مطالبات أخرى وبطلانها
يفضي الى الضرر بالمكفول
له وهو مدفوع وعورض
بان الكفالة بالمال تثبت
بدلاً عن الكفالة بالنفس
وجوب البديل ينافي
وجوب البديل منه كما في
خصال الكفارة وأجيب
بان بدليتها ممنوعة فان كل
واحد منهما مشروع للتوثق
كما في ككفالة بالنفس بعد
مثلها وبان اجتماعهما
صحيح والوفاء بهما اذ ذلك
واجب بخلاف خصال
الكفارة على الصحيح وقال
الشافعي هذه الكفالة أي
المعلقة بالشرط لا تصح لانه

لانه مطالب بالخصوصة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال
(فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت
لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه
المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد
منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبهه البيوع ولنا انه
يشبه البيوع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الرج ونحوه ويصح
بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافقات متعارف

عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لا نعلم فيه خلافاً قال المصنف (لانه) أي المكفول
(مطالب بالخصوصة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على
هذا الوجه مسقطاً لذلك عن نفسه اذا طالبه بمجمل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالخيل اذا قضى الدين
بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني اذا قال
سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يرد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقبل
ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا يبرأ الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب
فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سلمت الطالب فلم يقبل شيلاً يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم
يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) للآلف لان
الكفالة بالمال في هذا (معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ
عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق)
واعلم بطالبه بحق آخر فهذا مطلبان أما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي
لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبهه البيوع) فكما لا يجوز تعليق البيوع
كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعثتك كذا بما تفتقير الا سخر لا يثبت البيوع عند الدخول كذلك هذا
(ولنا انه) أي عقد الكفالة (يشبه البيوع) في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على
المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث انه) تبرع في الابتداء
(بالتزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقاً فان
النذر يصح تعليقه مطاعاً فقلنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي
تعارفوا تعليقه به (صح عملاً بشبه النذر وان كان بغير متعارف) كدخول الدار (هبوب الرج ونحوه
لا يجوز عملاً بشبه البيوع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكفالة في صورة المسئلة

تسليم نفسه قبل الطالب أو لم يقبل (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن
لماعليه وهو ألف) فالتقييد بقوله لماعليه معقيد لانه اذا لم يقل لماعليه لا يلزم على الكفيل شيء عند محذور وجه الله
وأما التقييد بقوله وهو ألف فلا يقيسد (قوله وهذا التعليق صحيح) لانه تعليق بشرط متعارف لتعامل
الناس اياه وان كان القياس يأباه بالتعامل بترك القياس في البيوع كالأشترى نعال على ان يحذره البائع

أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبهه البيوع في لزوم نال بالعرض بالرجوع على الاصيل اذا كان باعره وتعليق سبب
وجوب المال بالخطر في البيوع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة
لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيوع مطلقاً ومن وجهه الاول ومن وجهه الثاني بعد المطالبة لانه يشبه البيوع من وجهه كالمرو يشبه النذر من
قال المصنف (ولنا انه يشبه البيوع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كملت فلانا فعلى أنه

قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة

وهي الالف اتفاهي في التصو برهان الكفالة لا تنوقف صحته على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمال علي مع ومهما ثبت بالبينة انه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فالتصحيح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحتهما فلا مقتضى وهو الكفالة بالنفس أولاً ثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفتالتان متعدد تالموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطاً للآخر بل هو لازم لان يكون له مال آخر يدي به غير المال الذي كفله به معلقاً وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البذل الاول كانت العبارة كفلت بنفسه على أني ان لم أواف به الى كذا كنت كفلاً بما عليه بدل نفسه ولم يذ كر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بان كفله بنفسه على أنه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجد الكفيل ليدفعه اليه وناف لزم المال عليه برفع أمره الى القاضي لينصب وكفلاً فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تضي رفع المشتري الى القاضي لينصب وكفلاً عن الغائب ورد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهما ثلاث مسائل احدها أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين وأنه جائز استحساناً والثانية أن يكون الطالب مختلفاً فيهما فبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين وان كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه ولو كفله بنفسه الى غدا فان لم يواف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف غدا التقبضه متى فانا رى عنه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد واقيت وقال الطالب قد واقيت ولم يواف أنت لم يصدق واحداً منهما فلما قاما بالمطلوب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفله على انه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافي به لا يصدق ولو كفله بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فاما ضمن لماعليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول

مع ان بابه أضيق من الكفالة فلان يترك هنا باباً أوسع أولى وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة أي الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالانحطاط لا يصح كالبيع ولا تصح الكفالة بالنفس أيضاً عنده فلا تصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما أدى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الرايح ومجى المطر ويصح بشرط متعارف بمسألة الشبهين ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافقة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا لو أبرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان الابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافقة حال بقاء الكفالة بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الابراء فلا يلزمه المال قلنا الابراء وضع

حيث الالتزام فشمه البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشرط كما هو شبه النذر يقتضى جواز ذلك واما مال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الریح ونحوه ويصح بشرط متعارف بمسألة الشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس و رغبهم في ذلك أكثر من رغبهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة

أتصدق بهذه الدراهم حكماً فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

لِكَيْ يَفِيلَ عَنِ التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقُّ
بَعْدَ الْكَفَالَةِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ
بِهِ تَسْلِيمٌ يَقَعُ ذَرِيَعَةً إِلَى
الْخِصَامِ وَهُوَ عَاجِزٌ عَنْ مِثْلِ
هَذَا التَّسْلِيمِ وَلَا ضَرُورَةَ

إلى القول بأنفسنا همها إلى حق
 الكفالة بالمبالا لان علم
 الموافاة مع العجز عن تسليم
 النفس يتحقق هذا ما ذكره
 ولا يلزم ضرورة التأكيـد
 مقصود الان المؤكـد لم يسقط
 بالنسبة اليه فهو تأكيد كما
 كان فان قيل اذن يتضرر
 الكفيل وهو مدفوع قلنا
 الاتزامي منه غير مدفوع
 وقد التزم حيث يتيقن
 باحتمال الموت ولم يستغن
 فان قيل ترك الاستثناء ظنا
 منه ان الموت تنسخ الكفالة
 بالنفس فكذا ما ترتب

عالمها قلنا دعوى منه على
خلاف لفظه طلاق في أن لم
يؤلف فلا يبيده في اضرار غيره
قال (ومن ادعى على آخر
مائة دينار الخ) ومن ادعى
على آخر مائة دينار وبيدها
بانها اجيدة أو رتبة هندية

عليه المسألة عند أبي حنيفة وأبي
برالمدي على مطالبة الكفيل
مر مرد قد يكون وقد لا يكون
على المدي عليه بل التزم التزم
زري يقتضي أن لا تصح الكفالة

لانه علق مالا مطلقا بخاطر ألا يرى أنه لم ينسبه الى ماعليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ماذا بين ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة حوت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأما كفيل بنفسه الى غدا فان لم يوافك به غدا فعلى مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمدان ادعى ولم يبينها حتى كفله بالمائة دينار أو ادعاه بعد ذلك لم يفت الى دعواه وأراد بالوجهين ماذا بينهما أي ذكر انهما جيدة أو رديئة أو وسطا ونحو ذلك أولم يذكر كذا قبل والا فودان براد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينا أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفله ثم ادعى المقدار الذي ساه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخاطر هو وعدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ماعليه هو رشوة على أن يترك المطالب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كالمحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور المساتري وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثانية أن الكفالة بالنفس باطلة لان محضها موقوف على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة حوت بالاجمال في الدعوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قدأ بمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه أراد الالف التي سبدها احكامنا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحها الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدور رها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور والدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفله بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفله بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى غد ولم يوافق به وفلان يقول لاشي على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاشي عليه وهذا يقتضي أن الاصل انما يدينه وحده ويستفاد منها أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى

ادعى مائة دينار أولم يبين قدر الدينار ولم يذكر المائة في دعواه لان صورة المسئلة في أصل رواية الجامع الصغير رجل لزم رجلا فدعى عليه مائة دينار أولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل دعه فأما كفيل بنفسه الى غدا فان لم يوافق به غدا فعلى مائة دينار فرضي به فلم يوافق به قال عليه مائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق أنه له (قوله لانه علق مالا مطلقا بخاطر) حيث قال فان لم يوافق غدا فعلى مائة دينار ولم يقل فعلى المائة التي لك عليه قال الشيخ الامام أبو منصور المساتري بدعي رحمه الله لما قال على مائة دينار ولم يصف الكفالة الى ماعليه يحتمل أنه التزم الما ابتداء فيكون رشوة ويحتمل أنه أراد ماعلى الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا الوجه لا تصح الكفالة وان بين المدعي به (قوله ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله اذ لم يدع له لا مقدور لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعي به

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحيث لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنى علمها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى وله مان المال ذكر معرفا لانه قال فعلى المائة فينصرف الى ماعليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فتصح الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة حوت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قدأ بمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه أراد الالف التي سبدها احكامنا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحها الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدور رها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور والدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفله بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفله بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى غد ولم يوافق به وفلان يقول لاشي على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاشي عليه وهذا يقتضي أن الاصل انما يدينه وحده ويستفاد منها أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى

بالنفس والمال جفاو يكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعى الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعى المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بخلاف (٢٩٥) المضاف واسناد الجواز الى الكفالة

مجاز وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله يجبر في حد
القذف لان فيه حق العبد
فيجبر عليها كافي سائر
حقوقهم وفي القصاص
لانه خالص حق العبد أي
لان الغلب فيه حق العبد
على الخلوص لماعرف أن
القصاص مشتمل على
الحقين وحق العبد غائب
وليس تفسير الجبر ههنا
الحبس بل الامر بالملازمة
بان يدور الطالب مع المطلوب
أي ينادر كى لا يتغيب فاذا
انتهى الى باب داره وأراد
الدخول يستأذنه الطالب في
الدخول فان أذن له يدخل
معه ويسكن حيث سكن
وان لم ياذن له بالدخول
يجلسه على باب داره ويمنعه
من الدخول بخلاف الحدود
الخاصة لله كحد الزنا وشرب
الخمر حيث لا تجوز الكفالة
بها وان طابت نفس
الكفيل به سواء أعطاها قبل
اقامة البيئة أو بعدها أما
قبل اقامتها فلان أحدا لم
يستحق عليه حضور مجلس
الحكم بسبب الدعوى لانه
لا يسمع دعوى أحد في الزنا
وشرب الخمر فهذا لم يكفل
بحق واجب على الاصل
وبعد اقامة البيئة قبل
التعديل يحبس وبه يحصل

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه عند الله وقال
يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق به - كما الاستيثاق كافي التعزير
بخلاف الحدود والخاصة لله تعالى ولا يجرى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل

المكفول وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصل وسند كرميا يظهر فيه (قوله ولا تجوز الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل
(عنده وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لانه خالص حق
العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لادخاله الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس أنه يحبس
حتى يعطى بل يلزمه ولا يدعه يدخل بيته الا هو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلًا بخلاف
الحدود والخاصة حقانته) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل
بعد الشهادة أو قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد
في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصل وبعد اقامة البيئة قبل التعديل أو شهادة
واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلامعنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم
مستحق عليه (بغير دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح
الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بان الحبس في
هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الاعارة والفساد تعزير أو اذ لم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه الى
وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البيئة فيها او اخلى سبيله و روى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر
ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن ينهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه
وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولا يجرى حنيفة قوله صلى الله عليه
وسلم لا كفالة في حد) ورواه البيهقي وقال تغرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
وهو من مشايخ بقية المجاهدين ورواه ابن عدى في الكامل عن عمر السكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى

معلوما وقت الدعوى تصح الكفالة وينصرف الى المال المدعى به (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في
الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه عند الله وقال لا يجبر وفي القوائد الظاهرية وليس
تفسير الجبر ههنا الحبس لكن بامره بالملازمة و ليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب
الطالب مع المطلوب فيدوم معه أينما دار كيلا يتغيب واذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب
في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه
من الدخول وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الخمر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان حدها عليه حق كحد
القذف وحد السرقة على قول بعضهم وأما الحدود الخاصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على
قول بعضهم فلا تجوز الكفالة فيها وان طابت نفس المدعى عليه فلان أحدا لم يستحق عليه حضور
مجلس الحكم فلم يكفل بحق واجب على الاصل وبه اقامة البيئة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل
الاستئناف فلامعنى لاخذ الكفيل وأما في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحق
عليه بنفسه الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله كافي سائر الحقوق فاذا كفل
عنه كفيل بالنفس جاز (قوله كافي التعزير) أي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه

الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولا يجرى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه
وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شرحه وقال الصدر
قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله يجبر في حد القذف قال المصنف (قوله قبل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل

الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث من فروع رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبنى الحدود والقصاص على البرء فلا يجب فيها الاستيناف بالثبوت) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيناف في الحبس أتم من أخذ الكفيل أوجب بان الحبس للثمة على ما يدعى لالاستيناف (بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيناف كافي التعزير) فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشهات بالشهادة على الشهادة ويحذف فيه فحجب المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كافي الاموال (ولو سمعت نفسه) أي ولو تبرع المدعي عليه باعطاء الكفيل للمطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف مع بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجهه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المجهول في حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم (٢٩٦) في الحدود ومن وجبت عليه وفي بعض النسخ فيها أي في حد القذف والقصاص

ولان معنى السك في البرء فلا يجب فيها الاستيناف بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيناف كافي التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجهه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لان الحبس للثمة ههنا والثمة تثبت بأحد شرطي الشهادة اما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة

عنه غير رقية كما روى عن سائر المجهولين (ولان مبنى السك) يعني الحدود والحالصة حقيقة الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على البرء فلا يجب فيها الاستيناف بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيناف كافي التعزير) حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمعت نفسه) أي نفس المطلوب (باعتطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجهه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيه ما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمع بها في الحدود والحالصة حقيقة الله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد انجازية والشاهية على ان ذلك في الحدود والتي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كاذكرنا من قريب ولانه معارض بوجوب البرء (ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) انه عدل لنفي المجهول (لان الحبس ههنا للثمة) لالاستيناف الحد والثمة تثبت بأحد شرطي الشهادة اما العدد أو العدالة (فاذا وقعت الثمة حبس بالنز وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالثمة وقد منأخر بجهو الكلام فيه في الحدود (بخلاف الاموال لان الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فانه لو ثبت المال بالينة العادلة وامتنع من الايقاع يحبس فسكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي المصالح والمغرب الالتمة بالتحريك وأصل التام فيه واومن وهمت الشيء أهمل وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر وانهمت فلا يابكذ والامم الالتمة بالتحريك أصله اوتممت كفي اتسكت أصله اوتمكت بمعنى اعتدت قلبك الواو ياء لا كسار ما قبلها ثم التعزير فان التعزير محض حق العبد ويسقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة وبحق فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال (قوله ولو سمعت نفسه) أي ولو تبرع المدعي عليه باعطاء الكفيل للمطالب من غير جبر عليه في حد القذف يصح بالاجماع (قوله ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران)

حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للثمة أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعي لانه يحتاج الى حجة كاملة والثمة تثبت بأحد شرطي الشهادة اما العدد أو العدالة لان الحبس للثمة من باب دفع الفساد وهو من باب البيانات والبيانات تثبت بأحد شرطي او قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالثمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كافي الاموال اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايقاع لا يحبس فيه الابحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان أقصى فيها القتل أو القلع أو الجذام

الحبس قبل ثبوته للثمة ولما قل أن يقول الحبس للثمة قبل ثبوت المدعي بالحجة ينافي البرء بالشبهات والبرء ثابت بقوله وذكر صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للثمة ويمكن أن يجاب عنه بان يحمل قولهم للثمة على ان المراد به اتهام الحاكم أيضا بالثماون فيه وبانه ان الدرء مأمو ربه والترك والنهاون حرام لافضائنا الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد أحد شرطي الشهادة ولم يحبس الحاكم اتمم بأنه ثماون في ذلك وهو قاذح في عدالة والايقاع من أمثاله مأمو ربه فيحبس بأحد شرطي

هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل (قوله أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعي) أقول لا يظهر لاثبوت (قوله ينافي البرء) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافي لو كان وضع الحبس للاستيناف كافي التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتعزير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بان الاعتبار لا موضوعات الاصلية

الشهاد: اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعنا التهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعلبها الجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يهتم بذلك ثم اذا جمع الحجة الكاملة لتحصيل اللدرة والله أعلم بالصواب وذ كرفي كتاب أدب القاضي: يجب في الحدود والقصاص بشهادة لو احد عندهما لان أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحد هما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الح) أو رده هذه المسئلة ههنا دعنا لعاسي يتوهم ان أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فان محبة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك ألا ترى أنه يحبس به وينع وجوب الزكاة ولازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقاً يعني في الحياة والمهمات احترازاً عن (٢٩٧) الزكاة فانها مطالب بها مافي الاموال

الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كما لكونهم فواب الامام والكفالة لهم لا تجوز لانهم مطالب بهم بعد الموت ولما كان الرهن وثيقاً كالكفالة استتدربذ كره في باب الكفالة فقله (لانه دين مطالب به) اشارة الى محبة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والمهمات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله (يمكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه وثيقاً بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الح) تعدد الكفلاء

وذ كرفي كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لانه دين مطالب به يمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما أدلت منها وأدغمت في ناء الافتعال قال المصنف) وذ كرفي أدب القاضي ان على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة) اذهبا بقولان بجواز الكفالة فيحصل به المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالاولي يحبس ان لم يقدر على كفيل والثانية يكفل بالاحبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود وحدهم القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ولازم وينع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أي كل من عقدا الكفالة وهو مطالب به الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقدا الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوات وجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملازم ومالوازم الدين يكاد كرها يصح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة

أو شاهد عدل فان قيل قد قلتم يحبس به باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر من أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيراً له (قوله لانه دين مطالب به) ألا ترى أنه مطالب به ولازم لاجله وينع وجوب الزكاة ويؤخذ من تركته في رواية بخلاف الزكاة لانه ليس بدين بل هو تخليق مال مبتدأ حتى لا تؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان في الاموال الظاهرة ثم قوله دين مطالب به راجع الى الكفالة وقوله يمكن الاستيفاء راجع الى الرهن أي مطالب به فتصح الكفالة لان الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به ويمكن الاستيفاء فيصير الرهن لان الرهن وثيق لجانب الاستيفاء وانما أو رده لان الخراج في حكم الصلوات دون الديون المطلقة وجوبه لحق الشرع كالزكاة فكان ينبغي أن لا تصح الكفالة أو الرهن به ولكن في حكم المطالبة بالابعاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جاز الكفالة

(٣٨ -) (فخ القدر والكفاهية) - سادس) عن شخص واحد صحيح كفلاً لاجله أو على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطالبو باحضار المكفول عنه كانه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا فلا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتباهه على ما لا يخفى فليتامل (قوله ثم اذا جمع الحجة الكاملة لتحصيل اللدرة) أقول هيئذ يكون الاتهام أكثر فليتامل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو السكاكي (قوله أو رده هذه المسئلة ههنا الح) أقول أنت خبير بان لا يدل على وجه ارادها في اثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهتم بيبانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وان كان المفهوم من الشرع الكفالة بالخراج والامر حين قال المصنف فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في غير راجع الى الخراج وفي فيها راجع الى الكفالة والرهن انتهى والاظهر أن ضمير عابه للعقد وضمر فيها للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف) أقول القائل هو الاتقاني

قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد به لرجوعه (٢٩٨) الى الزام من له الطلب على الطالب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق

وبالثانية يزاد التوثق وما
يزاد به الشيء لا ينافيه
البدية فكان مقتضى لجوازه
وجودا والمانع منتفيا
قال قول بامتناعه قول بلا
دليل واذا ثبت الثانية لم
ينبأ الاول لاننا لم نثبتها
ليزاد التوثق فلو برئ
الاول ما زاد الا ما نقص
فما فرضناه من زيادة لم يكن
زيادة هذا خلف باطل وقال
ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل
الاول لان التسليم لما وجب
على الثاني فلو بقي واجبا على
الاول كان واجبا في موضعين
وهو بناء على أصله ان
الكفيل اذا كفل بالدين
برئ المطلوب فكذلك ههنا
والجواب ان ذلك يخالف
الحقيقة اللغوية والأصل
موافقتها ونقض الى عدم
التفرقة بين الكفالة والخوالة
فان فيها يبرأ المكيل وذلك
باطل ثم اذا سلم أحد
الكفيلين نفس الاصيل الى
الطالب برئ دون صاحبه
قال (وأما الكفالة بالمال
فخاتمة الخ) لما فرغ من
الكفالة بالنفس شرع في
بيان الكفالة بالمال وهي
خاتمة سواء كان معلوما
كقوله تكفلت عنه بالف أو
مجهولا كقوله تكفلت
عنه بمالك عليه أو بما
يدرك في هذا البيع يعني
من الضمان بعد ان كان
دينا محججا لان معنى الكفالة
على التوسع فانها تبرع

كفيل (لان) لان موجب التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزاد التوثق فلا يتنافيان
(وأما الكفالة بالمال فخاتمة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان ديننا محججا مثل أن يقول تكفلت
عنه بالف أو بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع) لان معنى الكفالة على التوسع فيجعل فيها الجهةالة
وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشعبة صحت الكفالة وان احتملت الهسرية
والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب عليك طاعة من المال شكر الله
على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته نجبر اللوثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم
ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبها من جهة العباد حقيقة بل حقيقة بذلك أن يكون غير المالك مطالبا
للمالك فالمالك مطالب بغير اللام ليس غير ومطالبته الامام ليس لا يصلح المستحقين الى املا كهم بل الى
ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الدون فانها ملوكات (قوله) ومن أخذ من رجل كفلا بنفسه ثم
ذهب فأخذ منه كفلا آخر بنفسه حاز (وهما كفيلا) بالنفس (لان موجب التزام المطالبة) وجاز
تعدد المترمين بهما لزيادة التوثق ثم اذا سلم أحد هما نفس المكفول به لا يبرأ الاخر بالاجماع بخلاف
الكفالة بالمال ان كفلا معا طوب كل بما يخصه وعلى التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل
ثلاثة معا بالف لا يطالب أحدهم الا بثلاثة ولو كفلا معا على التعاقب طوب كل واحد بالف وأبهم قضى
سقطت عن الباقي (قوله) وأما الكفالة بالمال هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس
وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة الصريحة قوله قال أما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس
الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في
القديم وقال في الجديد هو ابن أبي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالجهول لانه التزام مالمجهول فلا يجوز
فلا بد من تعيينه لوقوع المعاماة كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذول بقصده سوى ثواب
الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبياني بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدمه بلا تعيينه للمقدار حين قال
ما كان عليه فعلى فكان مبنيا للتوسع فتصهلت فيها الجهةالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار
عشرة أيام بخلاف البيع وما فوض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببيع مالك على فلان فانه لا يصح منوع بل
يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أي مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمان الدرك
أن يقول للمشتري أنا ضامن للشئ ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل
هذه الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولن جاء به جيل بعير وانا به زعيم
على أن شرع من قبلنا شرعنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن جعل البعير كان مقدارا
معينا كما يتعارف في زماننا أن الجسل الصادر وخمسائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كالوكفيل بشعبة) أي
والرهن به والمراد به الخراج الموطف (قوله) لان موجب التزام المطالبة) ولهم اقلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد
بازد ولما كانت الكفالة لا التزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد ألا ترى أنهم
لو كفلا جميعا معانفسه جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم أحد الكفيلين نفس الاصيل برئ هو دون
صاحبه وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فضاء أحدهما يبرأ وفي التغاير وكفلا لثلاثة
في العقد الواحد أيهم سلم الاصيل كان كسليمهم وقال ابن أبي ليلى اذا كفل الثاني برئ الكفيل الاول وهذا بناء
على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب (قوله) اذا كان ديننا محججا أي الدين الذي لا يستعطا بالاداء
أو البراء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه يثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المسكاتب باسقاط بدل
الكتابة بتجيز نفسه (قوله) وعلى الكفالة بالدرك اجماع) مثل أن يقول للمشتري أنا ضامن للشئ ان استحق
المبيع أحد وأصل البعير في الدرك وقد رما ليقع من الدرك بمجهول (قوله) وصار كما اذا كفل بشعبة بأن قال
كفلت بما أصابك في هذه الشعبة التي شجبت فلان وهي خطأ يصح ببلغ النفس أول مبلغ ومقدار ما التزمه بهذه

والاقتصار

(وعلى الكفالة بالدرك) وكانت متعارفة وقوله

(قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

بفتح الراء وسكونها وهو التبعة ليس على جوازها بالجهول وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول ان الضمان بالجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح جهولا كالمثل في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان (٢٩٩) بالجهول وصار الكفالة بمال مجهول

كالكفالة بشيء أي شعبة

كانت اذا كانت خطأ فانها

صححت وان كانت مجهول

لاحتمال السراية والاقتصار

وانما قبل خطأ لانها اذا

كانت عمدا وقد سرت وكانت

الشعبة بالة جارحة فانها

توجب القصاص والكفالة

به لا تصح ولما سرت ذلك في

كلامه لم يحجج الى التقييده

(وشرط أن يكون المكفول

به ديناً صحيحاً) وفسره بان

لا يكون بدل الكتابة لانه

ليس بدين صحيح اذ الدين

الصحيح هو الذي له مطالب

من جهة العباد حق النفس

والمطلوب لا يقدر على

اسقاطه من ذمته الا بالبقاء

وبدل الكتابة ليس كذلك

لاقتدار المكاتب أن يسقط

البذل بتجبره نفسه وقيل

لان المولى لا يجبره على

عبدته شيء فبطل به قال

(والمكفول له بالخيار الخ)

المكفول له بخير بين أن

يطالب الذي عليه الاصل

أي الدين ويسمى الدين

أصل لأن المطالبة مبنية عليه

فان مطالبة الدين بغير دين

غيره متصور فكانت المطالبة

فرعاً وهذا التخيير بناء على

ما تقدم أن الكفالة ضم

ذمة إلى ذمة في المطالبة وذلك

يقضى قيام الاول بالبراءة

عنها الا اذا سرت البراءة

والاقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراعاة أن لا يكون بدل الكتابة وسبب ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول بالبراءة عنه الا اذا سرت البراءة فحينئذ تنعقد حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأهم المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المسالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضع الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشرط) مثل أن يقول ما يابعت فلاناً فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى وان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل

خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بالة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة تم اجهالة المكفول به فانهم ان سرت الى النفس وجب بدية النفس والا فأرش الشبهة ومع ذلك صح وقد منأن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من سقاه هذا الدين بنفسه بان يحجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا ديس يثبت للسيد على عبده وكذا يحجز به عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فسخ الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا عذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جميعاً لان الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة أيهما شاء الا اذا سرت في الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على أنهم حينئذ حواله عقدت باقتضا الكفالة تجوز بها فم اقتصر حينئذ أحكام الحواله كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فهما (بخلاف المسالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعنى الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له أن يضم الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أي ان قضى القاضى عليه (يتضمن التملك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشرط) مثل أن يقول ما يابعت فلاناً فعلى وما ذاب لك عليه أي ما وجب

الكفالة مجهول لانه لا يدري قدر ما يبقى من أثر الشبهة وهل يسرى الى النفس أو لا يسرى وان كانت عمداً فعلى تقدير السراية يجب القصاص أي شعبة كانت اذا شجها بالة جارحة ولا تصح الكفالة في القصاص (قوله بخلاف المسالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) أي بالقضاء أو الرضا لانه اذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يلزم جوعه وتملكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك ما لم توجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكاً له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار تضمين أحدهما بالرضا وقضاه له تضمين الآخر أيضاً (قوله مثل أن يقول ما يابعت فلاناً) وانما قيد بقوله فلا يابصر المكفول عنه معلوما لان جهالة تمتنع صحة الكفالة حتى لو قال ما يابعت أحداً من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتعاضدت الجهالة وفي الايضاح ولو قال من قتلتك من الناس أو غصبك من الناس أو ما يابعت من الناس فأنا لك ضامن فهو باطل (قوله والاصل فيه قوله تعالى وان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) فالأية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حل البعير

فتصير حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا أنه لا يطالبهما جميعاً لجهالة ومتعاقبا بخلاف المسالك اذا اختار أحد الغاصبين أي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولما سرت ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شيء ويندفع بقولنا قياساً لامل

وثبت فعلى من ذوب الشك لان المعنى ان يابته فعلى ذلك ذلك البيوع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا صححت فعليه ما يجب بالمبايعه الاولى فلو يابته مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعه الثانية ذكركه في المجرى عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعه صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلا يصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما يبيع من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة لمطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما يبيع أحد فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا تنقأ عما ومن المثل ما غصبك أهل هـ بنه الدار فانه ضامن لا تمنع الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن لو احدث من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضر ين ما يبيعتموه فعلى يصح فإيهام يابته لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت اهذابا له على فلان وهو أف أو اهذابا له عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجلا آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرق بين المكفول له والمكفول له وعنه في التجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له و الفرق بين المكفول عنه في التجيز والاضافة حيث يصح في التجيز دون الاضافة أما الاول فاذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بنزلة البيوع والمكفول له كالبائع لانه تلك مافي ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيوع والكفالة في حق المطلوب بنزلة الطلاق والعناق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالة التسعة جوازها كالاتماع جهالة المتعق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق أن القياس يأبي جواز اضافة الكفالة لانها تليس في حق الطالب وانما جواز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبيح على القياس وحاصل هذا أن المبطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولن جاءه جيل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون ايمان العمالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمنان العمالة مجهول وعلى أن تعليق الكفالة بالشروط جائز حيث علق الكفالة بشروط المجيء بالصواع وشريعتين قبلنا تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستأجرا والمستأجر ضامن للأجر سواء كان أمصلا أو ذكرا واذا كان ضامنا للأجرة بحكم العقد لم يتصور أن يكون كفيل عن غيره فكيف كان معنى قوله وأنا به زعيم أنا ضامن للأجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وأمكن حمل الآية على الكفالة بأن قال المنادي للعبير ان الملك يقول لكم ان جاءه جيل بعير وأنا كفيل بذلك فيكون كذا الله عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستتجار يصلح أن يكون كفيل بالاجرة عن الرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجاعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه أمران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المبال فان تناسخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة

يتضمن التليس اذا قضى القاضى بذلك فلا يتم كمن من التليس من الثاني أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التليد قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملام مثل

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لنعذر الاستيفاء
مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله ان هبت الريح
أو جاء المطر وقد يكون زديماً كقوله لا عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كفى بهبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاءه جمل بعير أو أماناً
به زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام عاقب الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المحجى بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام
وشريعة من قبلنا شرعية لا إذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية مجعولة
على بيان العمالة إن يأتي به لا يبين الكفالة فهو كقول من أبقى عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة انما تكون إذا التزم عن
غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني أن الآية متركة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الأول أن
الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهما مأمور واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى لا غير أن الملك يقول إن جاء به حل بعير أو أماناً به
زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن (٣٠١) الثاني بأن الآية أمر من ذكر

الكفالة مع جهالة المكفول
له وإضافتها إلى سبب الوجوب
وعدم جواز أحدهما بدليل
لا يستلزم عدم جواز الآخر
فإن قلت ما الفرق بين
جهالة المكفول به وجهالة
المكفول عنه وجهالة
المكفول له فإن الأولى لا تمنع
الجواز أصلاً والثانية تمنعه
إذا كانت الكفالة مضافة
كقوله تسكلت بما يابعت
أحدنا من الناس والثالثة
تمنعه مطلقاً للجواب أن
الأولى منصوص على جوازها
لأنه قال تعالى حل بعير وهو
غير معلوم لأنه يختلف
باختلاف البعير فلم تمنع
مطلقاً والثانية انما تمنعه
لأجل الإضافة للجهالة فإن
الكفالة المضافة إلى المستقبل
باب القياس جوازها على
ما يأتي وانما جازت استحقاقاً

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول
عنه أو لنعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشرط في معنى ما ذكرناه فلما لا يصح
التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

على هذا الوجه جائز كمن أبقى عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل
هو من العمالة إن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته لأن مسئلة واحدة ستأتي وعمامة
المناسخ قالوا الاستدلال به صحيح فإن الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العبر عن غيره وهو الملك
فإن المعنى الملك يقول ليكم إن جاء به حل بعير لأنه انما نادى بامرهم ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه
الآن في جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة
وقد علم انتساخ الأول بدلالة الاجماع على منعهام مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا يجوز
بالكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المديون
بدرهمين فقال على هما على فصولي عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساخ
أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا
كفى ما تقدم من المعنى فيها من الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان إضافة الكفالة على خلاف
القياس لما ذكرنا من شبهة المبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً
ملائماً وملائمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (ب) أن
يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري
ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المحجى بصواع الملك فانه سبب وجوب
لجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب
موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لنعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع
الدرك وهي مضافة إلى سبب الوجوب بالاستحقاق (قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه) وانما قيد بقوله

للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالجمل هو ما بقى على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة
المبيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول
أصلاً وإذا كان بمنزلة المبيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن
جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشرط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط لا يملك الكفالة يصح تعليقه
به قال المصنف (فلما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضاً كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول
كما إذا قبل من خصه أنت وقتلته فأنما كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الإشارة إلى كون الكفالة بمعاني حق الطالب فانه إذا كانت
الكفالة تمليكاً في حقه وإضافة التملك إلى المستقبل لا تصح لم تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليتأمل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلاً) أي كلما يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ويحجب المطر كذا لا يصح جعلهما أجلاً للكفالة وفي كلامه نظر من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي في جواز التعليق لا في جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الا في ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو ما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذكر ثالثاً والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلاً والثاني كذلك لقوله بعده الا أنه يصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول (٣٠٢) لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقه بالشروط وعدم بطلانها

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلاً الا أنه يصح الكفالة ويجب المال حالاً لان الكفالة لما يصح تعليقه بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معانية فيحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة

شياً ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنه مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافق به وفي الخلاصة نقلاً عن الاصل قال للمودع ان تلف المودع وذيعتك أو بحدك فاناضام لك صح وكذا اذا قال ان قتل ابنك فلان خطأ فاناضام لدية صح بخلاف ان أكلت سبع ونحوه مما ليس ملائماً كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلاً) يعني من هبوب الريح ويحجب المطر كان يقول تكفلت به أو بمالك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يحجب المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حاله ويبطل الاجل بخلاف ما لو لم ينعوا اذا هبت الريح فقد تكفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلاً ولو جعل الاجل الحصاد أو الدياس أو المهر جان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً ومع الاجل الغير الملائم تصح حاله ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لان الكفالة لما يصح تعليقه بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق) يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حاله وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى فاضحان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقه على معنى تأجيلها يجمع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا ظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائماً جازت تعليق الكفالة به ومنه قوله اذا استحق المبيع فاناضام الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ويحجب المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جازت تعليقه بالشروط لا يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعناق وفي الخلاصة كفل بمالك على أن يجعل له الطالب جعلاً فان لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطاً فيه فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة ان كانت في أصلها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا أن تقوم البينة بقدر ألف أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معانية فيحقق ما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة

وهو مكفول عنه لانه اذا علق الكفالة بقدوم أجني ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجني ليس بميسر تسليم ما التزمه فيكون تعليقه للكفالة بالشروط المحض وذلك باطل كالعلقه بدخول الدار ومعنى قولنا باطل أن الشرط باطل فاما الكفالة فصحة اذا الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره (قوله وكذا اذا جعل واحد منهما) أي من هبوب الريح ويحجب المطر أجلاً بان قال تكفلت الى أن عطر اسماء أو تهب الريح الا

بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشروط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب عن الاول بان حاصل الكلام في جواز الكفالة المتعلقة بهما والمجموع ينتهي بانها جزء لا يقال في الكفالة المؤجلة كنفى المعاملة ولا تنفي الكفالة بانقضاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذا التعليق يخرج المعاملة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقار به ان كان على ذكركم عن وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكذا لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما أجلاً وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشروط الاجل مجازاً بقرينة قوله (ويجب المال حالاً) وتقديره لان الكفالة لما يصح تأجيلها باجس متعارف لم تبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعناق ويحجب والمجاز عدم

الثبوت في الحال في كل واحد منهما (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معانية) ولو عين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصم الضمان به (وان لم تقم البينة قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلاً) أقول أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما يصح تعليقه بالشروط) أقول أراد بالتعليق بالشروط التأجيل مجازاً أي باجل متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فأقول

فالقول قول الكفيل مع عينية في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزومه بقوله فصار كما اذا أقر بشئ مجهول وانما كان مع عينية لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصمه ما فيه والشئ (٣٠٣) مما يصح بنده كان القول قوله مع

عينية كالمدعي عليه بالمال واليه أشار بقوله لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه باكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا أقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غيره مدون الصحة حيث يقدمون على المقره في حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره ضمان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ولان الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

قال المصنف (لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعي بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى فاقر فلان على نفسه بالف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به

فالقول قول الكفيل مع عينية في مقدار ما يعترف به) لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه باكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا

فأقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع عينية (فان اعترف المكفول عنه باكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق) المكفول عنه (في حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على ما ثبت باقراره بخلاف الكفالة بما ذاب لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الآن بقضى القاضى ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطالب أقررت له بالف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فاقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لا به لم يقل ما كان أقر لك ولو أجب المطالب اليه فالزعم القاضى لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة توجب قال ما أقر فلان به فهو على فبات الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم في تركه الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لا تخربايع فلان فبايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه مني وأقر به المطالب وبجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه المبيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لمهمها ولو قال ان لم يعطك فلان مالاً عليه فانما ضمن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولو مات المطالب قبل أن يتقاضاه لم يضمن الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فاعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالاً فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لم يضمن الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلان مالاً عليه ولم يعطك فانما مالاً عليه ضمن فبات المطالب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجزت عن عك عن الأداء فهو على فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لم يضمن الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفّل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شئاً بغير حق فاحتج بعضهم ونظروا الى بعضهم فقال المحتجون للذين وجدهم الوالى لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلو أخذوا الى منهم شئاً فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول يجوز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفّل على له على أن يعطيه من ودیعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الودیعة منه فان هلك برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها ب الودیعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والخوالة على هذا ولو ضمن بالف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا)

أنه تصح الكفالة أى فيما اذا جعل واحداً منهما شرطاً وأجلا تصح الكفالة ويجب المال حالاً لان ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشرط الفاسد كالطلاق والعتاق ولانه في الحال عليك مطالبة بلا عوض ولو كان عليك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فهو هنا أولى (قوله لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير فان قيل يشك على هذا ما اذا قال رجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو على ورضي بذلك الطالب فقال المطالب لك على ألف درهم وقال الطالب لي عليك ألفان وقال الكفيل مالك عليه شئ فالقول قول المطالب وقد لزمت هناك على الكفيل ما أقر به المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع أن قوله ليس بحجة على الكفيل فلننا قال شمس الأئمة

المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا ووجه الاستحسان أنه تكفل بما استحب له عليه في شرط الوجوب عليه فيما أتى بأى طريق كان في مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطالب ما عليه كان منهما فلا يصدق ما لم يقر البينة اه وفيه بحث

بل منتفع بالخالة والمطلوب ان تضر وفانما (٣٤٤) يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فاما بامر لم يتضرر وان امر فقد

رضي والضرر المرضي غير
ضائر فبين ان الكفالة
بنوعها بما يقتضيها المقضى
مع انتفاء المساع وكل ما هو
كذلك فالقول بجوازها واجب
ثم ان كفيل بامر رجوع بما
أدى عليه لانه قضى دين غيره
بأمره ومن قضى دين غيره
بأمره يرجع عليه ولا
ينتقض بما اذا كان
المكفول عنه صبيًا محجورًا
عليه أو عبداً كذلك وأمر
الكفيل فانه اذا أدى
لا يرجع على الصبي أصلاً
ولاعلى العبد مادام رقيقاً
لان المراد بالامر ما هو معتبر
شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك
ولابما اذا قال غيره أدعنى
زكاة مالي أو أطعم عني
عشرة مساكين ففعل فقد
أدى دين غيره بأمره ولا
يرجع عليه ما لم يقل الأمر
على أنى ضامن لان المراد
بالدين هو الدين الصحيح وما
ذكرتم ليس كذلك على
ما تقدم وان كفيل بغير أمره
لم يرجع

قال المصنف (لانه قضى دينه
بأمره) أقول المراد أمره
المعهود (قوله لان المراد
بالامر ما هو معتبر شرعاً وما
ذكرتم ليس كذلك) أقول
فيه تأمل فانه لو لم يكن معتبراً
لم يرجع على العبد بعد
ما عتق ثم قوله لان المراد
الجواب لقوله ولا ينتقض
الح (قوله لان المراد بالدين

هو الدين الصحيح) أقول جواب لقوله ولا بما اذا قال غيره الح

ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بشبوت الرجوع اذ هو
عند أمره وقد رضى به (فان كفيل بامر رجوع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره (وان كفيل بغير أمره لم
يرجع بما يؤديه)

وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أهم من كونه باذن وبلا اذن (ولانه) أى عقد الكفالة (التزام
المطالبة وهو) أى هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر على المطلوب) لان ضرره
(بشبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أى الرجوع (عند أمره) (عند أمره) يكون (قد رضى به) فان كفيل
بأمره رجوع بما أدى لانه قضى دينه بأمره) معيد بأمرين أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر فلو
كان صبيًا أو محجوراً أو أمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبداً محجوراً فافانما يرجع عليه بعد عتقه فلو
كان الصبي ما ذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لانه أمره بسبب الاذن فانهم ما أن يشتمل كلامه على
لفظة عني كان يقول كفيل عني ضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضمن ونحوه فلو قال ضمن ألف التي
لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان السكائن بمجرد الأمر بالضمن والاعطاء فإذن أن يكون القصد ليرجع
وان يكون القصد لطلب تبرعه بذلك فلم يلزم المسال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن يسار ما في اشارات الاسرار اذا
قال لرجل ضمن لفلان ألف درهم أو أقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر اذا كان خليطاً أو شريكاً
وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الأمر فلا بد من اعتبار الأمر فيه وأن يكون كذلك اذا
كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كالأمر فافانما أقض عني ويتضمن ذلك استقرضته مني ومتى قلنا لا يقع عن الذي
أمرنا الأمر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الأمر وعدمه سواء أماً الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط
هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستقرار منه وأورد مطالبة بالفرق بين
الأمر في الكفالة وبين ما اذا قال أدعنى زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الأمر
ما لم بشرط الضمان فيقول على أنى ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى
يشترط الضمان وفي الكفالة الكفيل به وأجاب في الذخيرة وبسوط شيخ الاسلام بان الأمر طلب التملك
من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضى عنه وأن يكون قاضياً عنه الا بعد أن يصير المقضى
به ملكاً لا أمر إلا أن الملك للأمر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه حتى ثبت للقابض ملك
مضمون بالمثل يثبت للأمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه
بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن الدين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للأمر ملك مضمون بالمثل
وليس ذلك الا القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة
عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الأمر في
الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب التملك ولو ذكر لفظة عني لما
ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفيل بغير أمره لم يرجع) هو
قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالكفيل بأمره لان الطالب بالاستيفاء
منه كالمالك الماعلى المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تملك الدين
من غير من عليه الدين لا يجوز حيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه أى هو كالمالك وفي الكفالة

السرخصى رحمه الله ليس هو بالزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو بإيجاب المسال على الكفيل بكفالة لانه
لما قيد الكفالة بالدوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار التزاماً لذلك بكفالاته (قوله فان كفيل
بأمره رجوع بما أدى) هذا اذا كان الأمر وهو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى أن
المكفول عنه اذا كان صبيًا محجوراً أو أمر من رجلا بأن يكفل عنه فكفيل وادى لا يرجع على الصبي أصلاً وكذا
العبد المحجور اذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه فكفيل منه فأدى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفيل عن الصبي

لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجوع سواء كفيل بامرء أو بغير امرء لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفيل بامرء فبفسد الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امرء (قوله يرجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها به اياه ومنها ارثا له ومنها له اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضين وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضين والثاني أن يكون أدى خلاف ماضين كما اذا أدى ز يوفيا باماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بماضين لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بماضين وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ورثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بماضين لقيامه مقام الطالب وفي بحث من وجهين (٣٠٥) أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين

اذا الكفالة ضم ذمة تالي ذمته في المطالبة في الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك وأحد لا تعد فيه وهو ماضين وأما في الاداء بخلاف ماضين فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بماضين فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعني مآدى وما ضين والجواب عن الاول وجهين أحدهما أن تملك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تملك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكاله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وجبته

لانه متبرع بادائه وقوله يرجع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه يرجع بماضين لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث

بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكم الكفالة كما وجب للطالب به على الكفيل لكن يؤخر إلى أدائه وهذا لا يكون في كفالته بامرء (لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطالب بل ارضاه ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه) فانما (يرجع بماضين) حتى لو كان الدين ز يوفيا فادى عنها جادا فانما يرجع بالز يوف أو كان الدين جادا فادى عنها ز يوفيا ونحو ذلك الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى ولو كان الدين جادا فادى ز يوفيا يرجع بالز يوف ولو كان ز يوفيا فادى جادا يرجع بالز يوف أيضا لان رجوعه بتحكم الامر ولم تدخل صفة الجود فيما اذا كان الدين ز يوفيا تحت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثا فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح من عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدلت من قال ان الكفالة ضم في الدين أوجب بان هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذ المياذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهذا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطالب كذا قيل

المأذون بامرء وادى كان له أن يرجع بذلك عليه (قوله اما اذا أدى خلافه) بان كفيل عن رجل بدرهم جادا

وأعلى الطالب ز يوفيا رجوع مثل ماضينه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ماعلى المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا ساطا عليه في الجلة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة فيه فيصير هبة الدين ان عليه الدين وهو يمكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة رب نقلا للدين من غير متصور فست الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتقليد ويند بالرد فكلو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجية مع ثم اذن نزل منزلة الطالب ليس له أن يطلب الاماضين له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صور الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك بخلاف ماضين فان المحال عليه يرجع على المحيل بماضين لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه نفي فانه لا يرد على الكفيل في الاصل

(قوله بما ذكرنا في الحوالة) قبل يريده (٣٠٦) حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره الكفيل

لا يرجع الا اذا أدى باسم
المكفول عنه وحيث لا فرق
بينه وبين المأمور بقضاء
الدون والمأمور يرجع بما
أدى فكذلك الكفيل
وتوجهه أن يقال المأمور
بقضاء الدين لم يجب له على
الا شيء حيث لم يلزم
بالكفالة فلا علك الدين
بالاداء حتى ينزل مسئلة
الطالب فيرجع بماضين
وانما الرجوع بحكم الامر
بالاداء فلا يدعى اعتبارهما
فلو أدى الزئوف على الجياد
ويجوز له ذلك يرجع بها
دون الجياد لان اداء المأمور
به لم يوجد وان عكس
فكذلك لان الامر لم يوجد
في حق الزيادة فكان متبرعا
بها وعلى هذا قوله يرجع
بما أدى باطلا فله فيه تسامح
وأما اذا صالح الكفيل رب
الدين فهو على نوعين أحدها
أن يصلحه على أقل من
الدين كما اذا صالح عن
الالف على خمسمائة وفيه
يرجع بما أدى لا بماضين
لأنه اسقاط فكان ابراء فيها
وراء بدل الصلح وفيه
لا يرجع الكفيل على
المكفول عنه على ما ذكره
والثاني أن يصلحه على
جنس آخر وفيه علك الدين
فيرجع بماضين وسبق
قال (وليس للكفيل أن
يطالب المكفول عنه بالمال
الكفيل بالمال ليس له أن
يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل

وكذا دام ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لا يجب
عليه شيء حتى علك الدين بالاداء بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الف على خمسمائة لأنه اسقاط
فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه
لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لأنه ان عقد بينهما مبادلة

والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبض الطالب من
الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا
علك التسليط على مال ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما
باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة تبحيها للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد
من قبوله بخلاف ما اذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة بالبراءة تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد
وقوله (وكذا دام ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بان حال المدون رجلا على رجل ليس له عليه دين
فقبل الحوالة وأدى فانه علك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا ودراهم عن
الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا الوهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال
عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور باداء الدين فانه
يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح
الكفيل الطالب عن الف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بماضين
وهو الف (لأنه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار
كألو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه
الاخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الف لا يرجع الا بمائة سمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل
عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا البعض بالكل (قوله
وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء
بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤدي عنه لأنه ان عقد بينهما مبادلة

الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما أو بالذات بان مات الطالب فور ثمنه وكذا دام ملكه المحتال عليه بما
ذكرنا من الاسباب وذلك بان حاله على انسان ولم يكن على المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانير أو عروضا
عن الدراهم الدين أو وهبه له المحتال له الدين أو تصدق عليه أو ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل
بالدين لأنه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه بخلاف المأمور باداء الدين حيث
يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما أدى اذا كان المؤدى مثل
المأمور بادائه أو دونه حتى ان من أمره بقضاء دينه وهو جياد فأدى زئوفا فتجوز لها من له الدراهم يرجع
المأمور بالزئوف على الأمر ولو أمره بقضاء دينه وهو زئوف فأدى الجياد يرجع بالزئوف أيضا لان
الرجوع هناك بحكم الأمر بالاداء فلا بد من اعتبار الأمر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الأمر في حق
الزيادة وفي الفصل الاول وان وجد الأمر لم يوجد الاداء كذا في النخبة وبخلاف ما اذا صالح الكفيل
الطالب عن الف على خمسمائة أي هناك يرجع على المكفول عنه بما أدى وهو خمسمائة درهم لا بماضين
وهو ألف درهم لان الصلح على أقل من جنس حقه ابراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والبراء اسقاط فلا
يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم احترازا عما لو صالح على جنس آخر من
الدنانير أو العروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الف التي كفل على ما يجي بعده هذا ان شاء
الله تعالى (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) فرق بين هذا وبين الوكيل

حكيمية

يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انفق بهما أي بين الموكل والوكيل
مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن ولو وكيل ولا يتحسب المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك
الموجب لجواز المطالبة قال (فان لزوم بالمسأل الخ) اذ لزوم الكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذ لم يكن المكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل
لانه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان (٣٠٧) له أن يحبسه اذا كانت الكفالة بامرره

وقال الشافعي رحمه الله ليس
له ذلك لانه لا يتعلق له حق
على الاصيل قبل الاداء وقبلنا
هو مورط فعليه الخلاص
فاذا أراء الطالب المكفول
عنه أو استوفى دينه برئ
الكفيل لانه أراء الاصيل
وأراء الاصيل يستلزم ابراء
الكفيل لان المطالبة
بوجود الدين وقد سقط
بالإبراء فلم تبقى المطالبة على
الاصيل وهو ظاهر ولا على
الكفيل لان الدين لم يكن
عليه في الصحيح ولم يكن عليه
الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء
علمها وقوله في الصحيح
احتراز عن قول بعض المشايخ
بوجوب أصل الدين في ذمة
الكفيل أيضا على ما تقدم
ولا يتوهم أن على ذلك القول
براءة الاصيل لا توجب براءة
الكفيل فان ذلك بالاجماع
وبعمل بان الكفالة
لا تكون الا فيما هو مضمون
على الاصيل وقد سقط
الضمان عن الاصيل
بالاداء أو الإبراء فسقط
عن الكفيل أيضا لان
وجوب الضمان على
الكفيل فرع وجوبه على
الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبق
هذا فان قيل قولهم براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل
منقوض بما ذكره براءة

حكمية قال (فان لزوم بالمسأل كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامل به بمثله (واذا أراء الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان
براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح (وان أراء الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع
ولان عليه المطالبة ببقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا أخرج الطالب عن الاصيل

حكمية) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبايع وإذا كان له حبس المشتري قبل
قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لزوم) الكفيل (بالمسأل) انه لا يلزم
المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه (خلافا
لشافعي في الاظهر) قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد وقتنا ملازمته وجبته
معه كجائز أن يكون للدين جاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه ولا فيعامل به بمثل ما عامله
به (قوله) واذا أراء الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب
براءة الكفيل (بالاجماع) لان الدين عليه (أي على الاصيل) (في الصحيح) خلافاً لما ذكرنا من الدين في
ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بانه ليس
الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان
الاصيل ويستلزم قبول الاصيل أو موافقه قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام لقبول ولو ردته اردت ودون
الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا في بعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف
الكفيل فانه اذا أراء صرح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا فرقنا بين ما لو كان ابراء الاصيل أو هبته
أو التصديق عليه بعد موافقه فعند أي يوسف القبول والرد لا ورثة فان قبلوا صرح وان ردوا اردت وقال بجده لا يرتد
بردهم كالأبراءهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء (وان أراء الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان
عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تاويل الطالب
جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بإبراءه (وكذا اذا أخرج عن الاصيل

بالشراء فان له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدي ولو جه فيه أن الكفيل ملتزم للمطالبة وانما يملك
الدين بالاداء وقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فأما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع
من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يخالفان ولو وكيل ولا يهتسب المشتري عن الموكل لاجل الثمن
فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره
فلا يشتري الاول أن يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل أن يتقدم هو الثمن الى البائع الاول (قوله) لان الدين
عليه في الصحيح) احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل (قوله) لان عليه المطالبة) أي
على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة
اذا المطالبة بالدين ولادين بحال فلزم من ابراء الاصيل ابراء الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي
فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين ولا يلزم جعل التبع أصلاً الاصل تبعاً فلم يلزم من ابراء الكفيل ابراء
الاصيل (قوله) وكذا اذا أخرج) الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد أي فيما بين الاصيل
والكفيل فاما الإبراء الموقت والمؤبد يدفعه ترافق في حق الكفيل فان الإبراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده وأما

الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فاننا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة
الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقى اذ ذاك محال عليه ولم يقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه
(وان أراء الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا توجب سقوط أصل الدين لان بقاء
الدين على الاصيل بدون الكفيل جائز لأن في حق الكفيل ما سقط من أصل الدين عن الاصيل (وان أخرج الطالب عن الاصيل

عنه المطالبة ولو رد الأبراء
الموقت ارتد بالرد ووجب
عليه أداء ما ضمنه حالا
والجواب ان اعتبار شيء بغيره
لا يستلزم التساوي بينهما
من كل وجه واللا يبقى
الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر
فارق عند من يقول بجوازه
بين قبول أحدهما الرد
دون الآخر وهو ما ذكره
ان الأبراء المؤبد اسقاط
محض في حق التكفيل
لا تخلي لك فيه حيث لم يكن
عليه الا مجرد مطالبة
والاسقاط المحض لا يقبل الرد
كاسقاط الخيار وأما الأبراء
الموقت فهو تأخير مطالبة
ليس فيه اسقاط ولهذا
يعود بعد الاجل والتأخير
قابل للرد (قوله بخلاف
ما اذا كفل) يجوز ان يكون
جواب دخل تقرير لا سلم
ان التأخير عن التكفيل
لا يكون تأخيرا عن الاصيل
فان التكفيل اذا كفل بالمال
الحال مؤجلا الى شهر فانه
يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه
ذلك انه ليس بتأخير عن
التكفيل بل هو تأخير لاصل
الدين لانه لما شرط التأجيل
في ابتداء الكفالة ولم يكن
حينئذ حق للطالب سوى
الدين لان المطالبة الحاصلة
بالكفالة لم تثبت بعد تعين
تأخيرها واذا كان تأخير

فهو تأخير عن كفيله ولو أخر عن السكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصل لأن التأخير إبرة موقف فيعتبر بالأبراء المؤبد) فإن قيل الإبراء المؤبد لا يرتد برد السكفيل والموقف يرتد برده وبرد الأصل يرتدان كلاهما والجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد باسقاط بعض في حق السكفيل ليس فيه تسليم مال مآذ كرتان الواجب بالسكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض فإذا عرف هذا فما لم يقبل السكفيل التأخير أو الأصل فالتمس حال يطالبان به للحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلاً إلى شهر) مثلاً فإنه يتأجل عن الأصل إلى شهر (لأنه) أي المكفول له (لاحق له حال السكفالة إلى الدين) فليس اذالك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الاجل) الذي يشترطه السكفيل (داخلاً فيه) فبالضرورة يتأجل عن الأصل (أما ههنا) وهو ما إذا كانت السكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه) لأنها تقر وحكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن السكفيل فينصرف إلى ما تقر عليه بالسكفالة وهو جواز المطالبة (قوله) فإن صالح السكفيل رب المال عن الألف على خمسة مائة) أن شرط براءتهم جميعاً عن الخمسة مائة أو شرط براءة المطلوبين جميعاً وان شرط براءة السكفيل وحده برئ السكفيل عن خمسة مائة والألف بثمنا مائة على الأصل فيرجع السكفيل بخمسة مائة إن كان بامره والطالب بخمسة مائة بخلاف ما لو صالحه على خمسة مائة على أن يهبه الباقي حيث يرجع السكفيل بالف وان لم يشترط براءة واحد منهما بان لم يرد على قوله صالحتك عن الألف على خمسة مائة وهي مسألة الكتاب (برئاً جميعاً) عن خمسة مائة (لأنه) أي السكفيل (أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو) أي الدين (على الأصل) فيبرأ الأصل (من خمسة مائة) ومن ضرورته إن يبرأ السكفيل منها على ما ذكرنا ورجع السكفيل على الأصل بالخمس مائة التي أوفاهها ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بخمس آخراً) أي الصلح بخمس آخر (مبادلة فبذلك) أي الدين (فيرجع بجميع الألف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي لأبراء الموقف يرتد ويكون الدين عليه حالاً لأن الإبراء المؤبد باسقاط في حقه والاسقاط لا يرتد بالرد وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير المطالبة وليس باسقاط ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض (قوله) وأما ههنا فبخلافه) لأن تأخير السكفيل بعد ما كفل حالاً تأخير المطالبة عن السكفيل إذا ملتزم بالسكفالة المطالبة فكان تأخيراً لا ملتزم فلا يثبت التأخير في حق الدين لأن الدين لم يذكر في معرض التأجيل وأما في هذه المسألة ذكر الدين في معرض التأجيل أوجب المطالبة عليه ابتداءً وموجلة لأن يكون عليه مؤجلاً ابتداءً لا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصل لأن حالة وجود السكفالة لاحق يقبل لاجل الدين فيؤجل في حقه ما (قوله) فإن صالح السكفيل رب المال من الألف على خمسة مائة إلى آخره

الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تاخر عنه وعن التكفيل جميعا أما ههنا أي فيما إذا حل بعد الكفالة
فإنما كان التأخير المطالبة بالحصول بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين قال (فإن صالح التكفيل رب المال الخ) مصالحة التكفيل رب
المال على أقل من قدر الدين يحبس على أربعة أوجه وأن يشترط براءة ما جعيا أو براءة المعلقين خاصة أو براءة التكفيل خاصة أو لم يشترط

شي من ذلك في الاول والثاني برئاجيعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسة مائة لاغير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ
جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ خمسة مائة من الكفيل وخمسة مائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان
الصالح والكفالة باصرة وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب (٣٠٩) صالحتك عن الالف على خمسة مائة ولم

يزد على ذلك برئاجيعا عن
خمس مائة لان اضافة الصلح
الى الالف اضافة الى ما على
الاصيل حيث لم يكن على
الكفيل سوى المطالبة
فبرئ الاصيل من ذلك
وبرأه فوجب براءة الكفيل

لما تقدم ثم برئاجيعا عن
خمس مائة باداء الكفيل

ويرجع الكفيل عني
الاصيل بما أدى لانه أوفى
هذا القدر باصره وان قال

صالحتك عما استوجب
بالكفالة كان فسخا

للكفالة لاسقاط الاصيل
الدين فان اخذ الطالب
خمس مائة من الكفيل

ان شاء والباقي من الاصيل
ويرجع الكفيل على
الاصيل بما أدى ومصلحته

ايه بخلاف الجنس فليكن
لاصل الدين منه بالبدالة
فيرجع بجميع الالف

واعترض بانه يلزم تخليص
الدين من غير من عليه
الدين وذلك لا يحسوف

وأجيب بانه جعل الدين
في ذمة الكفيل لتفسير
الدنانير بدلا من الدين

ويكون تخليص الدين من
عليه الدين وتكون البراءة
مشروطة بالكفيل فيرجع

على الاصيل لان براءة
الكفيل لا توجب براءة
الاصيل بخلاف ما اذا صلح

ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال
الكفيل ضمن له مالا فقد برئت الى من المال يرجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له باصره لان
البراءة التي ابتدأها من المطلوب وانتهأها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء
فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط
فسلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال فمجرد حسمه الله هو مثل الثاني لانه يحتتمل البراءة بالاداء اليه والبراءة
فيثبت الادنى

صالح به لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بخمس مائة لا يجعل عوضا عن الالف لما فيه من
الربا ولا يمكن تخليصها من الكفيل لان تخليص الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في
ذمة الكفيل تصحح الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسة مائة مشروطة للكفيل كالوصال على خلاف
الجنس لان وجودها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التخليص وفي خلاف الجنس يحتاج الى التخليص وفي الجنس
لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمس مائة فكانت البراءة عن خمسة مائة مشروطة للاصيل فتسقط
عنها ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمس مائة اذا كان كفلا باصره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة
لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل
الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لوصال على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي
يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعة مائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة
(قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) باصره المكفول عنه (قد برئت الى من المال يرجع الكفيل على المكفول
عنه) بجميع الدين لان لفظه الى لانه انما الغاية والمتمم وهو رب الدين هو المنتهى في هذا التركيب
فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فاذا التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل
ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقضاء من الكفيل كانه قال دفعت الى فلا
يرجع على واحد منهم ما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفلا باصره والحالة كالكفالة في هذا
وهنا ثلاث مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقضاء حتى كان للطالب

المسئلة على أربعة أوجه ان شرط ابراء ما في الصلح براءة ما جيعا عن خمسة مائة وان شرط ابراء المطلوب فذلك
يبرأ ان جيعا وان شرط ابراء الكفيل لاغير برئ الكفيل عن خمسة مائة لاغير وان لم يشترط في الصلح براءة
واحد منهم جاب أن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسة مائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب
برئاجيعا لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فأوجب براءة فيبرأ الكفيل ضرره ويرجع
الكفيل على الاصيل بخمس مائة ان كانت الكفالة باصره لانه أوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صلح على جنس
آخر لانه مبادلة فمليكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة أي ماوجب
بالكفالة وهي المطالبة صورته ما ذكر في المبسوط انه لو صلح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من
الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعة مائة لان ابراء الكفيل يكون
فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين (قوله فيثبت الادنى) وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك
لان قوله برئت يحتمل البراءة بالقضاء ويحتمل البراءة بالاداء فقد تيقنا بحصول البراءة بأي أمر كان وشككنا

على خمسة مائة حيث لا يمكن أن تكون خمسة مائة بدلا عن الالف لكونه رافيا في الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبرأه فوجب براءة الكفيل
فيبرأ عن خمسة مائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمس مائة اذا كفلا باصره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكره هنا ثلاث
مسائل تتعلق بالبراءة أحدها ما ذكره في ابتداء البراءة من المطلوب وانتهأها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة باصره) أقول لو جوب كون الصلح باصره تامل

فلاولى أن يقول الكفيل ضمن له بامر ملا قدر ثرت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداءؤها من المطلوب أى الكفيل وانتهائها الى الطالب لا تكون الا بالايغناء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضت منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل و يرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاستقاطح فلا يكون اقرارا بالايغناء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية إذا ناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دلالة آخر وتوجهه أن يقال يتقننا بقبول البراءة بأى الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو الناء وذلك انما يكون بفعل

(٣١٠)

اذلا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب واليه الايغناء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجهل ان ياخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك أثباتا لا لدني وهو براءة الكفيل اذ في الرائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذين وبين مالو كتب في الصلح برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصلح يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايغناء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصلح عليه فجاءت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداءها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل ثبت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالا يغناء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تصحى بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعي عليه أبرأتى المدعي من الدعوى التي يدعي على منهم من قال هو اقرار بالمال كقولوا قال أبرأتى من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرار لان الدعوى تكون بحق وبياطل ولو قال الكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لفظة الحل تستعمل في البراءة كالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لان الاصيل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجهل في البيان والمراد من المجهل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل الجواز وان كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الى معنى لاني أبرأتك لاحقيقة المجهل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصان كان العرف من ذلك اللفظ مشترك كمنهم من يشكك به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الابراء

في الاداء فلا يثبت بالشك وفرق محمد رحمه الله بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صلحا وكفيه برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا والفرق وهو أن العرف بين الناس أن الصلح يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت البراءة بالايغناء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصلح عليه

يضاف اليه على الخصوص كما اذا قبضت وقعدت مثله الا وهو فيما نحن فيه الايغناء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويحلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فما لا يوجد بفعل الكفيل لا فصاحة وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فانه وهو أقرب الاحتمالين فالصبر اليه أولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجهل وأما اذا كان غائبا فلا استدلال على الوجوه المذكورة واعترض وجهين أحدهما هو أن المجهل ما لا يمكن العمل به الا ببيان المجهل وقد ظهر مما ذكرنا ان العمل به يمكن والثاني ان

(قال)

حكم المجهل التوقف قبل البيان وهما قد اتفقا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجمل مع انتفاء لازمه أحجب بان قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح في حق ايغناء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح في نفسه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الى لاني أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره في تعليل الوجه الثلاثة استدلالا للصريح في الايغناء وغيره الا يغناء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالة على اراد كونه غير صريح في الايغناء والابراء والذي سوغ استعمال لفظ المجهل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به بلا دليل لاشبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجهل المجهل الاصطلاحي وان كان المراد به المجهل اللغوي وهو ما كان فيه اجماع فالحط اذا همونا

قال المصنف (لانه براءة لا تنهى الى غيره) أقول الضمير في قوله لانه راجع الى ما في ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول ذابجا غدا فانت بري من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كافي سائر البراءات والتعلق انما يصح في الاسقاط المحض ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافقتك به غدا فانت بري من المال فوافاه من الغد فهو بري من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال عوفاة الملك قول به والمسئلة في الايضاح وروى أنه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله اذا جاء غدا ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كالايجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه منع للطالب وله تعامل فلعلي البراءة به صحيح كالمسئلة المذكورة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الآتي ان صاحب الدين اذا قال عمل خمسة ائنة على أني أبرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة على البعض بتججيل البعض فو رايه عدم الجواز فتجمله على ما اذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية الجواز على ما قبله قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب أو خال الرقبة ليس بمنتهى استحالة لكنه لا يصح (٣١١) شرعا وعبر عنه بعدم الامكان

مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحدود والقصاص لم تصح كفالاته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الاجاب عليه وهو متعذر اذا وجوب عليه اما أن يكون اصاله والغرض خلافه أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب يحصل وفيه تشكيك وهو أن الزجر امان يكون للجان بان لا يعود الى مثل ما فعل أول غيره فان كان الاول فقد لا يحصل

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (لما فيه من معنى التملك كافي سائر البراءات وروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحسد والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون

(قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل ان عملت البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كالايجوز تعليق الكفالة به فاسقط السؤال القائل بشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على أني ان وافقتك به غدا فانت بري من المال فوافاه بري من المال لان هذا شرط ملائم على أنه لا وروده لان الغرض ان فيه رايين فهذا الفرع شاهد احدهما (و روى أنه يجوز) وهو أوضح لان المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالتحقق عليه المطالبة (فكان) ابراءه (اسقاطا محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تملك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به ك) نفس (الحسد ودو) نفس (القصاص) اذا يقتل

لعملت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا (قوله لما فيه من معنى التملك) وهذا على قول من يقول بشيئون الذين على الكفيل ظاهرا وكذا على قول غيره لان فيها تملك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتملك لا يقبل التعليق بالشرط (قوله لان العقوبة) لا تجرى فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر (قوله

المقصود كما ترى بعض المهتكمين يعودون الى الجنابة وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالاول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا بحالة والثاني كافي الحدول على ذلك بالايجاع أولى فانه لم يرد عن أحد من أهله خلاف في حرمانه في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره في هذا الذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة تنقسم الى ما هو امانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمهر والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة أو مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه عسرين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمهر لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة (قوله فان كان الاول) قول ويجوز أن يعكس فيتين بمطلان الاول بما ذكره في وجهه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر (قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فان عدم الحصول ناد ولا بصراً

والمستعار والمستاجر لانها امانة وتجوز في المبيع بعافا سدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويوجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لان اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان تجب قيمتها عند الهلاك والم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقة بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الدين دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذلك يتصور في الدين دون الاعيان وقلنا بناء على أصلنا ان الكفالة تضم ذمة الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الأصل لا بحالة والأمانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون والمضج والمضج غير مضمون على الأصل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة ما كان مضمونا بغيره كالبيع اذا كفل بتسليمه (٣١٢) قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الرهن بعد استيفاء

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالبيع بعافا سدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب بالاعيان كان مضمونا بغيره كالبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان امام مضمونة على الأصل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستاجر في يد المستاجر والمضمونة امام مضمونة بغيرها كالبيع قبل القبض فانه وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك فعلى بده لم يصح (قوله لانه عين مضمون بغيره) وهو الثمن وهذا لانه لو كفل المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء وانما يسقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع يسقط حقه في الثمن لان نفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الأصل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما أمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الأصل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح تحقق معنى الضم فيها ونفاير الكفالة بالبيع الكفالة بتسليم الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل على ما وجب على الأصل وفي التحفة الكفالة بامانة بغير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح أصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح وأما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صححة (قوله خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها) أي بغيره قال الشافعي رحمه الله لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها والكلام فيه مرجع الى الأصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الدين لا الاعيان ولان من شرط صحة الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الإيفاء من عنده وهذا متصور في الدين ونحن نقول بان الكفالة تضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الأصل ورد العين مضمون على الأصل فصح الالتزام من الكفيل (قوله ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض) أي بعد دفع الثمن الى البائع أو بتسليم الرهن بعد

المرتهن الدين جاز وذكروا في الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للرهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بعد ايراد الدين أو زفدا عليه والزيادة عليه من مالته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم للمستاجر بقبض الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر استاجر

كن دابة ويجعل الاجر ولم يقضها او كفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الأصل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كاترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وظنه تابع شمس الأئمة الاسرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطالع على الجامع بل لعله قد اطاع على رواية أقوى من ذلك فاخترها

(قوله والم تجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمها فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو السكاك

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه إشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كإفصلناه (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم أن من استأجر دابة معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل بحيث لما قدم أنفا (٣١٣) وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

رجل بالجل فكذلك لان المسفق هو الرجل وهو قلدو عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الجلي على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والجل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لم يمنع من حملها بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا واذ كرفي الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه منصور في الاعيان الضميمة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعده يعتبر فيه المنصور غير دافع لان تسليم ما التزمه منصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمة لم يصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وماذا كرفي الايضاح) أقول قوله وماذا كرمبتدا خبره بجيء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ (قوله لان تسليم ما التزمه

بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كانت بعينها

مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة تغير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة به على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسهل الثمن أو الزهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شيء على الكفيل وفادته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع أو الزهن أو المستأجر انقضت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء ما ذكرتم من الاعتناء السرخصي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذلك في المبسوط ونص القدرى أنها بتسليم المبيع جائزة ونص في التخصة على جميع ما أوردها أن الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة وما لم يضار بقول الشركتو بين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التحلية بينهم وبين الاردها اليه فنته قول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويحلى بينه وبينها بعد احضارها لها ونحن نغني بوجوب بالرد ما هو أهم من هذا ومن حل الردود البسه قال في الذخيرة الكفالة بتسليم المودع من الانخذل صحته وأما منعه ونهته نفسها كما انصوب والمبيع بها فاسد والمقبوض على سوم الشراء فصح الكفالة به او يجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبد الله بن جرجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد ذات العبد يد المظلوب وأقام المدعى البيعة ان العبد عبده يقضى القاضي بغيره على المطالب وان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء العينة عند تعذر العين كما أن الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لا تكثر الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب باكثر لزمه الغرض ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتين ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزينة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتين ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة ديننا مضمونا في ذمة الاصيل ولو ائتمار الرهن المرتين من المرتين على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتين على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذ به غير المرتين جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن ما ية العين هنا لا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتين فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب واغظا المستأجر في كلام المصنف بالغض في الموضوعين وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل في المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنصب فيه وخروج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاخر (قوله ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أي

القبض أي كفل بتسليم الرهن عن المرتين الى الراهن بعد ما استوفى المرتين الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتين للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى يقضى الدين وفي الايضاح وان

(٤٠ - فتح القدر والكنهاية - سادس) منصور وفي الجملة الخ) أقول العمل المراد من قوله منصور وفي الجملة أن التسليم منصور اما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الحل على دابة معينة فليست تأمل

فلا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف ولا وقال آخر تجاوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه تنويه بان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضه دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر ذكر في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف (٣١٤) ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لا في وجه الرواية التي

لا تصح الكفالة بالجل (لانه عاجز عنه) وان كانت بغير عينها جازت الكفالة (لانه يمكنه الجل على دابة نفسه والجل هو المستحق) وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفله رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله آخر يجوز اذا بلغه فجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا

آخره أن يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة لعملة عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الجل على دابة نفسه أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدم دور الكفيل فبحث كفالته به (ورأى من استأجر عبدا للخدمة فكفله رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من أنه عاجز عنه اذا لا يملك العبد أمالو كفل بنفسه العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولولا ذلك لاشتمى على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الجل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بينهما فالواجب على المؤخر تسليم الدابة لاجل فالكفالة بالجل كفالة بتمام يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة تلتان الواجب هو الجل ويمكن استيفاءه من الكفيل فبحث الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحميلة الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حل الدابة فكذلك لا تجارة حله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي دابة كانت اذا يجب تحميلة الذي هو فعله لانه لم يستأجر لرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يتجاوز الكفالة فيه أيضا لان الجل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان الجل على الدابة تسليمها فينبغي ان تصح الكفالة فيه ما لان الكفالة تسليم المستأجر بحيث لم يمنع منه كون المستأجر ما كالغير الكفيل وان كان التحميل ينبغى أن لا تصح فيه ما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الجل على الدابة معينة أو غير معينة ليس بمجرد تسليمها بل بالجموع من تسليمها والاذن في تحميلةا وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلةا اذا يستلزمه ولا يثبت عليها الصبح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكن ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة الاصل عن أبي يوسف (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن هذه روايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجبر رواية النفاذ

كفل ككفيل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرء ان رده اذا قضى الدين فان هلك سقط الضمان (قوله فهو باطل لما بينا) اشارة الى قوله لانه عاجز عنه لانه لا ولاية له في الجل على دابة غيره (قوله) ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة أي في بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر هذه المسئلة في الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولها وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجس وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال في موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله وفي قوله الآخر

لم يشترط الاجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستدبه الملتزم كالاقرار والنذر هذا يستدبه الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى فاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كاهو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة اذا صححت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمسك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب بالقبول والوجود شعار العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه

انه

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد) أقول أي من محمد فلا يرثي تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله في بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من الدين والامر حين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستند بانة عقد تبرع كالهبة والصدق فلا يدين القبول (قوله وبان الاقرار الخ) أقول في العطاء تأمل

أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في القضي في النكاح والجماع أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (الافى مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لو ارثته تكفل عني بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة فقول هذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان

أنه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا لا يختار في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبة طالبه والا لأجل المصنف وجه التوقف على ما ذكره في القضي في النكاح وهو أن شرط العقد يتوقف حتى اذا عقد فصول لا مراً على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بان خاطب عنه فصول آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطب فصول آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شروط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذا يقتضي أنه لو تم عقد بقبول فصول آخر توقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل في المجلس ان كان حاضرا فلهذا أو يقبل عنه فصول آخر ان كان غائبا فتوقف الى اجازته أو رده وقوله (الافى مسألة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه المسئلة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فصول عنه (وهي أن يقول المريض) المدين (لوارثته تكفل عني بما على من الدين فكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فانه يصح استحسانا فالغرماء مطالبته وذكر الاستحسان وجهين أحدهما ان قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية اذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفتقر الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكأنه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم اذا قالوا انك فلانهم اقلدوا قال المشايخ انما يتيم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تزحذلو رثته بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تحذف اوجاب حيث تكفلوا انهم ما ذكروا في المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بدمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل ما تبعه من الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من الصلوة به بغير بيع ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه فان قيل غاية الامر أن يكون كالتطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادق منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم الآن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول الأمر قبلت أجاب المصنف بقوله

حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز كذا في النهاية وذكر العلامة النسفي في الكافي اختلافوا على قوله فقبل عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب ينفذ ولا تبطل وقبل جاز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من التكفل ولا الزام فيه على الغير فتم بالملتزم وحده كالأقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فروعاً للقضي في النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنهما قبل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كما أنه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه عقد تملك على معنى ان المطالبة لم تكن مملوكة له ولا مكفولة له الكفالة والتملك بالشرط من فكان كلام الواحد شرط العقد وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس (قوله الافي مسألة واحدة) استثناء من قوله الا بقبول المكفول له في مجلس العقد أي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان وأما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة أيضا ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته أو غيرهم لم يصح اذ ضمنوه فكذلك ههنا (قوله لان ذلك وصية في الحقيقة) أي فيه معنى الوصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما تصح

قال (الافى مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فمكانه قال لا يصح ذلك عندهما الافي مسألة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان وجهان أحدهما أن يقال اذا قال المريض لوارثته تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تعديها المعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قبل في كلام المصنف تصح لانه في معنى الوصية لأنه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة فتوصل

هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاھرہ على معنى وإذا أنظر في معناه يؤل الى معنى آخر حيث لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه أي الى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا أجاب المصنف بقوله (وانما يصح هذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه براديه التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كلاما بالنسبة كقول الرجل (٣١٦) لا امرأه زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قوله ما زوجت وقبلت

وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثله بالامر بالنسبة يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسلمين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما على من الدين بفعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح

(انما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلات (لانه) أي لان قوله تكفلات (لا براديه المساومة وانما احتجيج في البيع كذلك لانه براديه المساومة وههنا لا براديه التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة لتقليص نفسه لاجل المساومة) (فصار) (لا امره هنا) (كلاما بالنسبة) (فصار) قال زوجيني بتلك فعلى زوجتك انما انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه ولا التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي اولوارثه لا يصح الا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض بمنزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أو جه ومافي المبسوط من قوله وههنا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بظريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الاربع وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضرب في الكفالة وقد فرض أن المريض قائم اذا كان له مال لان يكون ذلك وصية من كل وجه لانه لو كان ذلك وصية اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق الورثة والغرماء متعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته وتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطالب في هذا الخطا لموت ثم مقام الطالب أو نائبه لانه يقصده النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته أو يقال انه أي المريض قام مقام الطالب لحاجته الى أن يقوم مقام الطالب في تفريغ ذمته وفيه نفع الطالب أيضا وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر الطالب وقال للوارث تكفل عني أبيك لي (قوله ولا يشترط القبول) أي قبول المريض فانه براديه التحقيق دون المساومة وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغي أن يكون قبول المريض شرطا كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا المأان الكفالة لا يصح بدون قبول المكفول له كما لو قال المشتري لرجل بعني فقال البائع بعث لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت ولا يقوم قوله بعني مكان قوله اشتريت فأجاب ان الظاهر من حال المريض أن يريد بهذا التحقيق دون المساومة فكان قوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فكان هذا نظير قول الرجل لا امرأه زوجيني نفسك فقالت المرأة زوجت كان هذا بمنزلة قوله ما زوجت وقبلت (قوله ولو قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه) اختلف المشايخ رجحهم الله فيه قال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض

قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط مرجع القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب الى

ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم مماوسته في الكلام على ما لا يخفى (قوله فذهب من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعد موت المكفول عنه لا تتقال بما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركته الحاصل أن الوارث اذا كان مطالب بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الغاضل عن حاجته فبالتماراه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فلم يتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافتقر لقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالب بدينه في الجسلة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالة ما إذا جاز كفالة الوجهين لذكور في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من

قال

قوله فذهب من لم يصح ذلك لان الاجنبي

ذلك لاجنبى أولوا رثته لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صححه لان المريض قد عسده النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى دينه بامر به يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه عرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتر كاه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كهل الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لاستلزام الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه دين الخ) اذا مات المديون مغلوسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان أو اجنبيا لم يصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهى صحبه وهو قول الاثني عشرية لثلاثة لهم مان الكفيل قد كفل بدين صحبه ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحبه بالانفاق فهذه صحبه وانما قلنا كفيل بدين صحبه ثابت لان كونه دينيا صحها والمغروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب لحق الطالب بالاختلاف وما وجب لا يتنق (٣١٧) الا براء من له الحق أو براءة من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمغروض عدم ذلك كله

أو بفسخ سبب الوجوب والمغروض عدم ذلك كله

فدعوى سقوطه دعوى

بجردة عن الدليل وبما يدل

على ثبوته في حق أحكام

الدنيا أنه لو تبرع به انسان

صح ولو برى المفلس بالموت

عن الدين لم يحل صاحبه

الاخذ من المتبرع واذا كان

به كفيل أوله مال فان الدين

باق بالاتفاق فدل على أن

الموت لا يغير وصف الثبوت

وبما يدل على ذلك ان

المشترى لومات مغلوسا قبل

أداء الثمن لم يبطل العقد

ولو ملك الثمن الذي هو دين

عليه بموته مغلوسا بطل

العقد كما اشترى بفاوس

في الذمة فكسدت قبل

القبض بطل العقد بل

الثمن ولم يبطل ههنا علم

ان الدين باق عليه في أحكام

الدنيا ولا يحنف رحمه

الله ان الدين ساقط لان الدين

هو الفعل حقيقة وكل فعل

يقضى القدرة والضرورة

قال (واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهى صحبه) لانه كفيل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المستقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذلك يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لانه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة

مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجبولا بحكم هذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا) بل مات مغلوسا فنكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ونجدة والاثني عشرية والثلاثون أكثر أهل العلم (تصح لانه كفيل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أود بناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فضلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة لانه كفيل بدين ثابت (لانه) أى الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المستقط) وهو الاداء أو الأبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك وبطل على بقائه كونه مطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولا يحنف رحمه الله أنه كفيل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطالعا والكفالة تمن أحكام الدنيا لانها توثق لياخذها فيها في الآخرة فلا يمتنع وجوده بالدين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب) والموصوف بالأحكام الأفعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل

والصحيح في حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قد عسده النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى الدين بامر به يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله ولم يوجد المستقط) وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حياته فلا يسقط الا بالايغاء أو بالأبراء أو بانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك فلهذا يؤخذ به في الآخرة ولو تبرع به انسان بفضائه جاز التبرع عن الميت ولو برى لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين كفيل بقي كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل وجب براءة الكفيل (قوله في حق أحكام الآخرة) أى في حق الآثم (قوله كفيل بدين ساقط) لان الدين هو الفعل يعنى ان شرط الكفالة بدين قيامه في ذمة الاصيل والدين ههنا غير

انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتقام ما فات في الدين ضرر وقومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الأفعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في النقر وفي باب صفة الحسن للأما موره وان قلت فقد يقال المبال واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أى الدين (في الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتبليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وصفا مجازا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شيء (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في النقر راجح) أقول من أنه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصف الذات اعلى الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في النقر برقبيل باب صفة

يدل على تعدد المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفّل عن عبد مجبور أو فريدين فانهم تصح وان تعددت المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صاحب الحق وجوب الحق علمنا ضعفه بالرق وبذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليه وهذا التفرقة يرى بشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارض ولو أخرجه إلى سبيل المجانعة بان يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط وسيد كر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان أحق في وجوه النفاذ على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادة تفهيمها هو نظيره فيما سياتي (قوله والتبرع (٣١٨) لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صح يعنى ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال

الاستيفاء فيسقط ضرور والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أوله مال خلفه أو الأفضاء إلى الاداء باق الكائن قبل سقوطه فيسقط في أحكام الدين ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أى التبرع بالدين وهو الحق فاعما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دين دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصل لانه التزام ما على الاصل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالأفضاء إلى الاداء باق) فلم ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة أعيى فعل تمليك المال أو تسليمه ألا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضى استحقاق الذم والائتم على الاخلال به وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتخصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى ايقاء المال أو تملكه وإذا ثبت أن الدين عبارة عن الفعل وأنه يقتضى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف الغافل ولا قدرته هنا اما بنفسه فظاهر وكذا بخلفه لانه لم يبق عنه كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مغفلا فكان عاجزا أصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل لم يصح قولنا أو في الدين معناه حيث نذ في الاضفاء لانا نقول المراد به انه أتى بهذا الفعل وهو تمليك المال أو تسليمه فان قيل المسال يوصف بالوجوب أيضا يقال على فلان ألف درهم ممن يبيع أو ضمان استهلاك قلنا يوصف به مجازا باعتباره محمل الواجب كما هو هو يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصا بالزكاة ويجوز الشراء به وهبته ممن عليه وهذه أحكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة والسلم يكون في الاموال دون الافعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقتضى عليه بالفلاس والعبد المجبور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت * قلنا الدين عبارة عن الفعل الآن الشرع أجبر عليه بالفلاس والعبد المجبور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة وأما المقتضى عليه بالفلاس وأختلاف قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة فلهذا وجوب لما ذكرنا ان الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضى تلك الحالة استحقاق العقاب على تركه والاخلال به وإذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمة عذر مانع عن استحقاق العقاب على الترك والاخلال به ثبت أصل الوجوب وأثره وهو التكليف بالاداء لا محالة وان كان ثمة مانع من استحقاق العقاب ثبت أصل الوجوب وتعاذ عنه أثره وهو التكليف بالاداء والامر به (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) أى في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل فلهذا لو أقر رجل ان فلان على فلان كذا أو أنا كفيل بذلك المسال تصح الكفالة وتعليه أداء الدين (قوله خلفه أو الأفضاء إلى الاداء) أى إذا كان به كفيل خلفه باق وإذا كان له مال فيأبى غرض

فلان على ألف درهم وإنما كفيل به صحت الكفالة وعليه أدائه وان لم يوجد الدين أصلا ولو ان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن الميت وإذا كان باق في حق المستحق حل له أن يأخذ منه مات تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مغفلا الباقية في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يعمد إلى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان المالك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد (قوله وإذا كان به كفيل) جواب عن قوله ما وكذا يبق اذا كان به كفيل أوله مال وبنيان القدرة شرط للفعل اما بنفسه القادر أو بخلفه وإذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر خلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الأفضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل

وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكن ناخفين فالأفضاء (إلى الاداء) بوجودهما (باق) قال

بخلاف ما اذا عدا ما يجوز أن يكون في الكلام لف ونشر وتقدره خلفه وهو الوكيل أو الأفضاء إلى ما يغضى إلى الاداء وهو المال باق وعلى هذا شرط في القدرة ما نفس القادر أو خلفه أو ما يغضى إلى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الأفضاء على وجه التحليل لقوله خلفه وعلى

الحسن لا يعمور به ففي كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه إلى سبيل المجانعة الخ) أقول أنت خبير بان منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الثبوت فليتم (قوله وسيد كر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

هذا يكون تقدير الكلام خلفه باق حذفة لئلا يذكو ر عليه كما في قوله نحن ما عندنا وأنت بما عندك واض والرأي مختلف ومعه كل واحد من التكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منها باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكفيل مع الغنمة بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنارفة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أوتوا نادى رضي الله عنهم ما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله فصرى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولولم تصح الكفالة عن الميت المغلس لمصلي عليه بعدها كما امتنع قبلها فإذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان التكفيل بعمر ما كفل به والكلام في كفيل الميت المغلس هل هو زعيم أو لا وأما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أبي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم للحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي أنه (٣١٩) عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلى ما فعل الديناران حتى قال يوما

قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان التكفيل تضم ذمة الى ذمة لزمه القول بطلان الكفالة عن الميت المغلس لعدم ما ضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بالف الخ) رجل كفل عن رجل باسمه بالف عليه فقضى الاصل التكفيل الالف قبل أن يعطى التكفيل الالف صاحب المال فلا يخولوا ما ان يكون قضاء على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الالف قبل أن يعطيه صاحب المال بسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملى وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كاذم من انشاءها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لم يظهر طريقا يغنيهم عن لا يقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالاقرار بالكفالة به ما حصل المقصود فصلى عليه ونقض اثبات سقوط الدين بمسائل احداها لومات المشتري مغلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بغيره في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع مع ملك الشئ في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدين لا يبطل الدين نائنها أنه لو كان بالدين كفيل يبق على حاله اذا مات مغلسا ولو سقط في أحكام الدين لم يبق الكفالة نائنها لو كان بالدين رهن يبق الدين عليه بعد موته مغلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لغيره لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صحيح وان كان لا يطالب به في حال حقه فكذلك في حال الموت أجيب عن الاول بان الدين لا يبطل بجهته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقطت بهذا الاعتبار ضرورة بطلان المحل فيتعذر بقدر الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس يبطل المالك في حق المشتري فذلك انتقض العقد وهذا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بان ذمة التكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا يبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة سالحة فنصح الكفالة وتناخر المطالبة لخلق المولى كما ان الدين ثابت في ذمة المغلس الحى وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بالف عليه بأمره فقضاء) أى قضى الرجل المسكوق عنه التكفيل (الالف) التى كفل بها (قبل أن يعطيه) أى قبل أن يعطى التكفيل الالف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل الى الاداء باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقيا في حق أحكام الدنيا واذا تبرع به غيره صح لان صحة تكفيل المال لا تتعلق بوجود الدين على ان صحة التبرع بناء على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن

تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للتكفيل خذ هذا المال ودفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أى في الالف المدفوع وأنت بما عتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو التكفيل على احتمال قضائه الدين فإلم يبطل هذا الاحتمال باء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترد لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لا يكون صعبا في نقض ما أوجبه وهذا كمن يحمل الزكاة وذهبها الى الساعى لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فساد الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان التكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره وان كان الثانى فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب (قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهما الحديث فليتم (قوله ولو كان كفالة لاجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضم اليه) أقول لعلمهم بقولهم بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الاصول لأنها تخرب (قوله لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال التكفيل انتهى وفيه شئ

والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تعض في يده امانة فان تصرفه الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء ويرجع فيه فالرجوع له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والرجوع الحاصل من ملكه طيب له لا يحاله وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له في ملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهناً لم يملك المال صحيح بمنزلة ما لو أخذوهنا بدين مؤجل ولو أقر الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيل بن ابي اسحق والامام الحنوبى وهذا موافق لبعض عبارة السككيات ظاهر والمسائل المستشهد بها ولكن لا توافق ما تقدم من ان الصبيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة (٣٢٠) فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب

فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة بما بقي هذا الاحتمال كمن يحمل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر بخلاف ما اذا كان الدفع المال أو المكفول به الا لازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مكفول أول ما يعطى والمكفول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعى وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه امانة عنده مالم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة بما بقي هذا الاحتمال) الخاقاني قال كذا المجمل للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعاً ما بقي هذا الاحتمال (د) الوجه الثانى (أنه) أى القابض (ملكه) بالقبض على ما ذكر (يريد ما ذكره بعدد سطر في تعلييل طيب الرجوع للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله المدون للضرورة فتيقن قدر بقدرها فيظهر في حق من عليه دون من له (قوله كمن يحمل زكاته الى الساعي) وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ثم نقداً الثمن قبل مضى الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع لانه ذلك لان الدفع كان غرض وهو أن يصير زكاته ونقداً عنده مضى الحول وسقوط الخيار فبقي ذلك الاحتمال ليس له أن يسترده (قوله ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر) وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله أما اذا قضى الدين فظاهر الى آخره هذا اذا دفع المطالب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له اني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فاناً فاضيل المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطالب للكفيل اخذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للمطالب أن يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطالب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا في السككيات لكن ذكر في كتاب الكفالة من السككيات قال الحسن بن زياد وجهه

للاطالب على الاصيل من المطالبة الآن مطالبته الطالب حالة ومطالبته الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة بمنزلة الدين المؤجل وله أى لكونه نازلاً بمنزلة لو أقر الكفيل المطالب قبل أدائه صحيح وكذا اذا أخذ رهناً أو وهبه منه الى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه المكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أى الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التحمل ما ترى من تنزيل المطالبة بمنزلة الدين المؤجل وتعلقه

ما تبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض واهل الصواب أن يكون توجبه كالمالك لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحيداً لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالي للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً وجلاً ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فسامعنى قوله فنزل بمنزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل بمنزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلاً ملكه فكذا هنا هذا ما سنعلى والله أعلم بالصواب الا أن فيه أى في الرجوع الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل ادين نوع خبث فال مصنف (فليس له أن يرجع فيها) اقول الضمير المؤنث في فيها يرجع الى الف على تأويل اندراهم قوله والرجوع الحاصل من ملكه طيب له) اقول اذام يكن مانع كفى مسألة السكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) اقول كفى شرح الاتفاقى

على مذهب أبي حنيفة فإنه في مسألة الكفالة بالسكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيوع
الغاسد وأما إذا قضاها الكفيل فلا خبث فيه أصلاً في قولهم جميعاً وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد وجههما
الله لأنه ربح من أصل خبيث وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة ورجح فإنه على الاختلاف قال
(ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين كسكر من حنطة قبضها الكفيل من
الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها ورجح فالرجح له في القضاء ما بيننا أنه ملكه قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يردده على الذي
قضاها يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق
به ولا يردده على الأصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وجههما الله وفي رواية كتاب الكفالة (٢٢١) عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به وجه

رواية كتاب البيوع وهو
دليلهما أنه ربح في ملكه
على الوجه الذي بيناه ومن
رجح في ملكه بملكه الربح
ووجه رواية كتاب الكفالة
أنه يمكن الخبث مع الملك
لاحد الوجهين أما لان
الأصيل بسبيل من الاسترداد
على تقدير أن يقضى السكر
بنفسه وأن كان كذلك
كان الربح حاصل في ملك
متردد بين أن يقصر وان
لا يقصر ومثل ذلك ملك فاحصر
ولو عدم الملك أصلاً كان
خبثاً فإذا كان قاصراً تمكن
فيه شبهة الخبث وأما لانه
رضى به أن يكون المدفوع
ملكاً للكفيل على اعتبار
قضاؤه فإذا قضاها الأصيل
بنفسه لم يكن راضياً به فتمكن
فيه الخبث وهذا الخبث أي
الذي يكون مع الملك يعمل
فما يتعين وهو راجع إلى
أول الكلام ونقرر به تمكن
الخبث مع الملك وكل خبث

على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده (وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه أما
إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضى المطالب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه
مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الاداء فنزل الدين المؤجل ولهذا لو أرى الكفيل
المطالب قبيل أدائه يصح فكذا إذا قبضه بملكه إلا أن فيه نوع خبث نبيته فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين
وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة قبضها الكفيل فباعها ورجح فيها فالرجح له في الحكم)
لما بينا أنه ملكه (قال وأحب إلى أن يردده على الذي قضاها السكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا

(لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا الوقضى المطالب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل
(وثبت) للمطالب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه (لأنه)
أي الكفيل (وجبه) بمجرد الكفالة (على الأصيل) مثل ما وجب للطالب (على الكفيل) وهو المطالبة
(الا) أي لكن (أخرت) مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل (مال الكفيل على الأصيل) (بنزلة الدين المؤجل) ولو
عمل المدون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن لا الكفيل حق المطالبة
متأخراته (لو أرى الكفيل الأصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الأصيل
بعد ذلك إذا أدى وحاز أخذ الكفيل من الأصيل رهناً قبل أدائه (فكذا إذا قبضه بملكه) يعني إذا كان بحيث
يصح الإبراء منه كان بحيث بملكه إذا قبضه وإذا ملكه كان الربح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع
خبث) على قول أبي حنيفة (نبيته) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو اللفظ الذي قضاها أياها لان
الدرهم لا يتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة)
فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالرجح له) أي الكفيل (لما بينا أنه ملكه) أي ملك السكر
وانما بينه في ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يردده على الذي قضاها السكر ولا يجب عليه وهذا

الله وقال أبو الليث رحمه الله هذا إذا دفعه إلى الكفيل على وجه القضاء أما إذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد
وقال نجم الأئمة المكي رحمه الله واليه وقعت الإشارة في باب الكفالة بالمال من الأصل فإنه مال الكفيل يكون
أمناً (قوله فنزل منزلة الدين المؤجل) ولهذا قلنا أن للمكفول عنه إذا رهن عيناً عند الكفيل بذلك الدين
يصح ولا رهن إلا بالدين ولو أرى الأصيل قبل الاداء إلى الطالب من الدين أو وهب له يصح حتى لا يرجع على
الأصيل بعد الاداء (قوله الآن فيه نوع خبث) أي على قول أبي حنيفة رحمه الله ونبيته وهو قوله في تعليل

(٤١ - ففتح القدر والكفاية - سادس) تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث
يعمل في السكر لانه ما يتعين والخبث سبيله التصديق فيه تصديق به ووجه روايه الجامع الصغير أن الخبث لحقه أي الحق الذي قضاها فإذا رده إليه وصل
الحق إلى مستحقه وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحبنا لاجراً فإذا رده عليه فإن كان فقيراً لمطالبه وإن كان غنياً فغيره وإيمان قال
الامام فخر الإسلام والأشبه أن يطيب له لانه انما رده عليه باعتبار أنه حق هذه إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم
من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح لا الكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بتصف حنيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح
لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول بخلاف ما في شرح ابن الرزاعي من أنه إذا دفع إليه على وجه الرهانة لا يطيب له الربح بالاتفاق
فيطلب التفصيل ثم لا أن يكون عن أبي يوسف فيه وإيمان

عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد وجههما أنه هوله ولا يردده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به إلهما أنه يرضى في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله أنه يمكن الخبث مع الملك أمانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية يردده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحب لاجبر لان الحق له

عند أبي حنيفة في الغلط الجامع الصغير) ولا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره إلهما لدل نص الخلاف بذلك قوله ما حيث لم يصرح بقائل قال وقال هوله لا يردده عليه وهو رواية (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة في رواية (ثالثة) انه يتصدق به) وهو رواية كتاب الكفالة منه (لهما) أنه يرضى في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجبه على الاصيل الخ (فيسلم له ولا يردده) أنه يمكن الخبث مع الملك اما لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بان يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لانه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطى بالواو فانه ما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكبر لا فيما لا يتعين كالآلاف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية يردده عليه في رواية) أخرى (وهي الأصح لان الخبث (الحق الاصيل) لا يلحق الشرع فيرد اليه ليصل الى حقه (لان الحق له) وهذا يغد أنه بطيئه فقيرا كان أو غنيا وفي رواية ثان والوجه طيئه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الأنه استحب لاجبر) لان الملك للكفيل واعلم أنه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولا أحب الى أن يردده ولا يجب في الحكم أي في القضاء وثانيا لانه استحب لاجبر يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يغله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان الراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه بخلاف أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن نفع الاسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال وجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل لوجهه ما كفا سدا من وجهه فان الاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداده المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كافي البسيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ما كفا سدا من وجهه من وجهه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكبلا أو موزونا ملكا فاسدا ورعى فيه يجب التصديق بالرعى أو الراد على المالك لان الخبث كان لحقه فيقول بالرذ عليه كالمغاصب اذا أجزأه المغصوب ثم يردده فان أجزأه يتصدق به أو يردده على المغصوب منه فكذا في المالك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصديق بالرعى ولا يردده فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصديق أو الراد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه

قول أبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الخبث مع الملك أمانه بسبيل من الاسترداد الى آخره (قوله) لكنه استحب لاجبر لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا إيجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك أصلا كان الرعى خبيثا فان كان صحيحا من وجهه فاسدا من وجهه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحبابا لا إيجابا توفيرا على الشبهين حفظا لما ذارده الى المالك ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا فغيره رواية ثان والاشبه أنه يطيب له لانه انما رده عليه باعتبار انه حقه وأما اذا أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل ورعى لم يطب

قال (ومن كفل عن رجل قال (ومن كفل عن رجل
بالفالح) اذا امر الاصيل
الكفيل أن يعامل انسانا
بطريق العينة وفيسره
المصنف بان يستقرض من
تاجر عشرة فبتأني عليه
ويبيع منه ثوبا يساوي
عشرة بخسة عشرة مثلا
ورغبة في نيل الزيادة ليبيعه
المشتري المستقرض بعشرة
ويتمم خمس عشرة ففعل
الكفيل ذلك فالشراء واقع
والرجح الذي يربحه البائع له
عليه لا على الاصيل وسمى
هذا البيع عينة لما فيه من
الاعراض عن الدين الى
العين وهو مكروه لان فيه
الاعراض عن مطاوعة للخل
الذي هو مذموم وكان
الكراه حصل من المجموع
فان الاعراض عن الاقراض
ليس بكروه والخل الحاصل
من طلب الربح في التجارات
كذلك والا لكاتب المراجعة
مكروه وهو الا لازم الربح للكفيل
دون الاصيل لانه اما كفالة
فاسدة على ما قيل نظر الى
قوله على فانه كلمة ضمان
لكنه فاسد لان الكفالة
والضمان انما يصح بما
هو مضمون على الاصيل
والخسران ليس بمضمون
على أحد فلا يصح ضمانه
كرجل قال لا تحرج متاعك
في هذا السوق على أن كل
وضيعة وخسران يصيبك
فانما ضمان به لك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عليه بامر فامر الاصيل أن يتعين عليه حيا فافعل فالشراء لا الكفيل والرجح
الذي يربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فبتأني عليه ويبيع
منه ثوبا يساوي عشرة بخسة عشرة مثلاً ورغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة
سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه ولما فيه من الاعراض عن مطاوعة
للمذموم للخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظر الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو
توكيل فاسد

وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجع الرد هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة
الى الطالب فصرف ورجع صار مجمد مع أي حنية في أنه لا يطيب له الرجوع وطالبه عند أبي يوسف لما عرف فيمن
غضب من انسان ما لورج فيه يتصدق بالفضل في قوله ما لانه استقاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي
يوسف مستدلاً بجواب الخراج بالضمين (قوله ومن كفل عن رجل بالف بامر فامر) أي أمر الكفيل
بالاصيل أن يتعين عليه حياً أي أن يشتري له حياً بطريق العينة وهو أن يشتري له حياً بربا من حراً هو أكثر
من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقول الذي اشتراه به ويدفع ذلك
الاقول الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المدينون فيسلم الثوب البائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل
وانما وسطا الثاني تحرجا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بان يستقرض في أبي المقرض
الآن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلاً في السوق باثني عشر فيفعل فيرجع البائع درهمين ورغبة عن القرص
المستدوب الى الخلل وتخصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا ذلك المراد من قوله
تعين على حراً اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحري بما كثر من قيمته بل المقصود
اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والمالك له في الحري و الزيادة التي يخسرها
عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمنان لما يخسر المشتري نظر الى قوله على) كانه أمره بالشراء لنفسه فما
خسر فعلى وضمنان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضون وان خسران غير مضمون على أحد حتى لو
قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحق بك فعلى أو قال لك ترى العبدان أبى عبدك هذا فعلى لا يصح
(وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله

له الرجح عند أبي حنيفة ومحمد ورجحهما الله وطالبه عند أبي يوسف رحمه الله لما عرف (قوله ومعناه الامر ببيع
العينة) أي النسبة والعينة السلف ويقال باعه بعينة أي نسبته كذا في المغرب أي معنى قوله يتعين عليه
حراً اشترى حراً بربا بعينه ثم عه بالقد باقل منه وأقضى ديني (قوله مثل أن يستقرض من تاجر عشرة) هذه
صورة بيع العينة فيقول له أبيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل لي ربح
درهمين وفيه صورة أخرى وهو أن يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثانياً في هذه الصورة فيبيع صاحب
الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فتدفع حاجته وانما خلال بينهما ثانياً تحرجا عن
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وبيع العينة مكروه وضمين اخترعه أكله الربا وقد ذمهم رسول الله
عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذلتم وظهور عليكم عس و قيل ايالة والعينة
فانها عينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظر الى قوله على ومعنى الضمان هنا أن يقول المدينون
للضامن اشتر لي ثوبا لتبيعه في السوق فتقضى به ثمن الدين فان امكنتك أن تبيع الثوب بمثل ما تبتعه فيها
ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك على غير أن هذا الضمان باطل لان الضمان انما يصح بما هو
مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على أحد فيطلس ضمانه كمن يقول لا تحرجا بايع في
هذا السوق على أن كل وضيفة وخسران يصيبك فانه ضامن وقيل هو توكيل فانه لا يخرج الكلام

(قوله وهو مذموم الخ) أقول فصح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شيء

وعوادة هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالكفول به وذلك لان المال المكفول به امامال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى به من اخصه عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر وانما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما ما امامال يقضى به يجعل افظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلافه الظاهر لا يصار اليه الا للضرورة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لا طلاقها وتفيد المكفول به حتى قبل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى بدعى الغايضخ أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به امامال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لسكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة (٣٢٥) ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه

بأمره قضى به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا

يحتاج الى ثلاثة فروق وذكر المصنف منها اثنين

(قوله فهو وان كان ضعيفا الخ) أقول لا يخفى عليك ان حكمه بالضعف لا يوافق المسئلة الا كناية بعد سطرين ولعل تصديرها بصيغة التبريض اشارة الى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول لو صح هذا لم ينجم الجواب في المسئلة التي مررت آنفا لما كان الشك (قوله وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك) أقول وليس فيه ما يابى عنه (قوله أو مال يقضى به) أقول ولم يدعه أيضا لا يخفى (قوله ومع غيبة الاصيل لا يصح) أقول وليس في كلام

لان المكفول به مال مقضى به وهذا في افضة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أو بدبه المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

جعل الذوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فيالم لوجود الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انصف بكونه كفيلا على الغائب بل على أجنبي اذا لا ينصب خصما (وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي افضة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) وجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة حتى لو ادعى انى قدمت الغائب الى قاضى كذا وأنت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى له عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقد من من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ما باعه أو دأينه أو أقرضه فغاب المطالب فبهرن الطالب على الكفيل انه كفيل به وقد دأينه أو أقرضه بعده ويحسد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بالاختلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يكتفى القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورته في الجامع وقال يعقوب ومحمد ههما الله اذا كفيل عن رجل بمال موجدل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فغاب الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل له بأمر فلان عن فلان فاقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير

الدين معلوما وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن الساعة فيكون الثمن مجهولا (قوله أو مال يقضى به) معطوف على قوله مال مقضى به (قوله وهذا ماض) أى قوله بما ذاب له أو قضى له ماض أو بدبه المستقبل كقوله اطل الله بقاءك أى المكفول به مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعى في دعواه ان له على المكفول عنه ألف درهم لم يتعرض ان القاضى قضى به بعد الكفالة وليس من ضروره كون الالف على الاصيل أن يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه

المصنف ما يدل على ذلك أيضا لا يخفى (قوله لسكونه قضاء على الغائب الخ) أقول قال الحشى الشهير يعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسئلة قال في الفصول لعامة اذا ادعى رجل انه كفيل من فلان بما ذوب له عليه فاقدم المدعى عليه الكفالة وأسكر الحق واقام المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأسكر لا يلتفت الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بان يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة السكاكي في شرحه حيث قال لا نه كفيل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فلم يصير المال مقضيا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا أو أحدهم عند الشافعي ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة ألا ترى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر الاصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البيئة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البيئة لا بتناغم على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هذا لو صدقه فقال ذلك كغلت لك بما ذاب لاث عليه أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كغلت لاث عنه بالع درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بامر والكفالة بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون (٣٢٦) بامرو وبين ان يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه تعهد بصحة قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر به يرجع الكفيل

أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قوله سببا بالذكرة لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نص الا أن في المسئلة اختلاف (وانما قبلت) هذه البيئة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) ههنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت فقبلت البيئة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به ههنا مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقه دعوى للمدعى ولا البيئة (وانما اختلف) القضاء (بالامر وعدمه) حتى يقع القضاء عليه في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لاحتاج الى اقامة البيئة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمرا فلا يرجع (لانهما) أى الكفالة بالامر وبغير الامر (يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالآخر) وهو المعاوضة لثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أى بالبيئة (بالامر ثبت امره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه للمقضى له ديننا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير امر) فانها (لا تمس جانبه) أى جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بامر به يرجع الكفيل

الا اذا حضر الاصيل وقضى عليه فيثبت لزوم الكفيل وقبل ذلك كانت على الغائب والبيئة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب اني قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي وأتمت البيئة عليه بالقضى وقضى لي بذلك عليه فصررت كقبلا بذلك صحت الدعوى حتى لو أنكر الكفيل فاقام الطالب البيئة عليه بذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو أقر لزوم (قوله وانما تقبل) أى البيئة من المدعى في هذه المسئلة وهى ما اذا أقام البيئة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامر لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذاب له أو بما قضى له فكان المكفول به مالا موصوفا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة فمال يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب على الكفيل فكان دعوى المدعى ههنا غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك لم تقبل وأما ههنا ادعى المدعى على الكفيل الكفالة بمال مطلق أى غير موصوف بانه قضى به على المكفول عنه فأقام البيئة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل (قوله وانما يختلف بالامر وعدمه) أى فيما اذا كان بالامر

بامر به تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما غيران للاحالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعى ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر بيينة ثبت أمره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لاحتاج الى اقامة البيئة عليه واذا ادعاه بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورته وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أى الشأن ان صحة الكفالة بغير امر تعمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال اعلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه

وان لم يجب على الاصيل شئ فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أجهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يغسروا أقام على ذلك بيينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعلوم بذاته واذا كانت مجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبتة المدعى وسياتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بامر به)

يجوز أن يكون فرقا آخر
بين ما إذا أقام البينة على
الكفالة بأمر وبين ما إذا
أقام علمه بغيره فان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو
ثبتت الكفالة بالأمر عيانا
رجع الكفيل بما أدى على
الاصيل فكذا إذا ثبتت
بالبينة وقال زفر لما أنكر
الكفيل الكفالة فقد زعم
أن الطالب ظلم والمطلوم
لا يظلم غيره وقلنا لما قضى
لقاضى عليه صار مكذبا رعا
فبطل ما زعمه كمن اشترى
شيئا وأقر بان البائع باع
ملك نفسه ثم جاء انسان
واسقطه بالبينة لا يبطال
حقه في الرجوع بالبينة على
البائع بالثمن لان الشرع
كذبه في زعمه ونوقض بما
قال محمد فبن اشترى عبدا
فباعه ورد عليه بعيب بالبينة
بعدها أنكر العيب به ثم أراد
أن يرد عليه بانه لم يكن
له ذلك عند محمد رحمه الله
خلاف لابن يوسف حيث لم
يبطل زعمه مع ان القاضى
لما قضى عليه بالرد بالعيب
كذبه في زعمه وأوجب بانه
انما لم يكن له أن يرد على
بانه لان قوله لا عيب فيه
نفى للعيب في الحال والماضى
والقاضى انما كذبه في قيام
العيب عند البيع الثانى
دون الاول لان قيام

بما أدى على الاصر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار
مكذبا شرعا فبطل ما زعمه

بما أدى على الاصر حيث ثبت الامر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم
غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد صار الكفيل في انكاره الدرس على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام البينة
بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق
بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فبن اشترى عبدا
فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرد على بانه بخلاف لابن يوسف فلم يبطل زعمه
بالقضاء بالبينة اوجب بانه لما لا يرد لان قوله لا عيب فيه نفى للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في
قيام العيب عند البيع الثانى دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرط للرد على الثانى وفي
الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أو خمسة فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت
بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون
الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت
بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول
قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيئا وإذا كان كذلك صار الكفيل خصمه ما عساه وان كان غائبا
والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب
قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا
اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدين عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة

يقضى به على الاصيل أيضا وفيما اذا كان بغير أمره يقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بأمره تبرع
ابتداء ومعاضة انتهت بغير أمره تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بأمره لم يصح القضاء بغير أمره
وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون معاوضة لان أمر الاصيل
الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة واذا كانت الكفالة بغير أمر فليس من
ضرورة صحتهما التعدي الى الغائب لانهم لا تعس جانب المكفول عنه لان صحتهما تعديا لقيام البينة من زعم الكفيل
ولو قال تكفلات لي عن فلان بكل مالى عليه وانه كان لي عليه ألف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه
وعلى الغائب ادعى الامر ولا اذا كان بأمر يرجع والا * والعرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لي على
فلان كذا وهذا كفيل عنه وأقام البينة قضى على الكفيل خاصة ان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه
اقرار بوجوده عليه من جهة الكفيل واذا كان له حصة فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل * وأما قوله كفلت
لك بكل مال لك عليه فليس باقرار من له حصة على شيء عليه لانه لم يقدره الا ترى انه لو كفل هكذا ثم أنكر المال
على الاصيل كان القول له فصار يقدره بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء واذا صار معاقصا صار القضاء بالمال
على الاصيل شرط للوجوب المال على الكفيل فصار القضاء على الكفيل مقتضا لشرطه ولان في الكفالة
المهمة لم يمكن اثبات شيء على الكفيل الا باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصمه ما عساه وأمكن اثبات المال
على الكفيل فيما اذا كانت الكفالة بمال مقدور فاقصر على الكفيل * قال مشايخنا رجوعهم الله وهذا
طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل من
ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصمه ما عساه لان الغائب لا ترى أن من قذف
رجلا وادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقدوف عليه البينة انه كان عبدا فلان وقد
اعتقه قضى بعتقه لانه ادعى لنفسه حقا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن الغائب
فصار القضاء عليه قضاء على الغائب (قوله ونحن نقول صار مكذبا شرعا) هذا كمن اشترى شيئا وأقر ان البائع

الغيب عند البيع الاول ليس بشرط للردي الثاني فافتراقا قال (ومن باع دارا وكفل رجل بالدار الخ) ومن باع دارا وكفل رجل بالدار وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بان الدار ملك للبائع فلا بد على الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان (٣٢٨) الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع أو لا فان كان الاول وهو شرط ملام

قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدار فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد به أحكام البيع وترغب المشتري فيه الا يرغب فيه دون الكفالة فله منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليم)

وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصل ثم بغير الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعي عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقدوف الحد فحال القاذف قد قتم وهو عبد فاقام المقدوف عليه بينة أنه كان عبد القلان وأنه عتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا بآيات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد ما ذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولا فاعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولا أعتقه بعد كفالة الكفيل واكان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسن استحسنه علماء ناصبنا للعقوق (قوله) ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدار فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدار هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلا بد على الدار دعواه اذ لو صح رجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد أيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بان باع بشرط أن يكفله (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفعيا (وان لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطة فيه فالمراد به أحكام البيع وترغب المشتري اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة) تسكين القلب (فبئز عقد الكفالة) (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغير برأيه يصح دعواه اياه اذ لا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوب باعلى الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ماله بكذا فبئز كتب بذلك أو كتب حري ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم بعد ذلك مثل أن يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب حري ذلك لا تمنع دعواه فيها فله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص

باع ماله نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذبا شرعا * والفرق لمحمد رحمه الله بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا ثم باعه مود عليه بغير البينة بعد ما أنكر العيب وأراد أن يرد على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للردي الثاني (قوله) وكفل عنه رجل بالدار فهو تسليم) ضمان الدار عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل في المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا في نقض ما أوجبه ومن سعى في نقض ما أوجبه من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا (قوله) ولو شهد وختم أي كتب

للعقد اذ البرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكافة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فمكانه هو الواجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفعيا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيافي نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي قبيح لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتدفع تسكيننا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبطل فانها ملك البائع فان أدركت دولا فاناضا من ذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا يصح دعواه بعد ذلك وانما قال فبئز منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد

الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا وهو

ووضع عليه نقش خاتم حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليم وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا ان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه

(قوله) وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول فيه ناسل

وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءة ولا هي باقرار بالملك لان البيع نارة نو جدمن المالكين وخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدليل فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة على البيع لا تكون تسليميا محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شاهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا أن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة (٣٢٩) والنفاذ (فصل في الضمان) *

(ومن باع لرجل ثوبا بالخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التعامير في اللفظ واعلم أن كل من رجس البسه حقوق العقد لا يصح منه التزام المطالبة ما يجب به فن وكل رجلا يبيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شربا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصل في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما له وكل عليه شئ كان بارا في عينه ولو حلف ما للوكيل عليه شئ كان حائثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفلسه لا يخفى

وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة بوجد من المالكين وخرى من غيره ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو ملكه أو بيعا بانا فاذ هو وكتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين (فصل في الضمان) * قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

مكتوبا ووضع نقش خاتمه حتى لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا (فصل في الضمان) * الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكر فيه بلفظ الضمان أو رد هاهنا ترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) الا لام في رجل لام الملك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكيل عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى لرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال) فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أى الى الوكيل والمضارب (فصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبهما مطابا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى شهادته في صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما باقرار بان المبيع ملك البائع لان البيع كالمو جدم من البائع لو جدم من غيره وله أن يقول انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة أولا تأمل ان في هذا العقد ضرر افارده أو نفع فاجبره والشهادة لا تكون مشروطة في البيع أيضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته أو لم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى المالك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى وأما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو أخبر بان فلان باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه تصح دعواه قال مشايخنا رجحهم الله الجواب المسد كور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شاهد فلان البيع والشراء أو كتب جرى البيع بمشهدى أو كتب اقرارا بالبيع والشراء عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا وهو ملكه أو باع بيعا بانا فاذ هو وكتب شهد بذلك فلا تصح دعواه بعد ذلك ومنى كان في الصك باع فلان كذا أو اقرانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أم لا (فصل في الضمان) * (قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن) يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن

(٤٣) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما حال كانا ضامنين فافترضناه أمينا لم يكن أمينا وذلك خلاف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرعي وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربو وقد قررنا بطلان ذلك في التقرر برقرارنا فبرد عليه كاشترط الضمان على الموعد والمستعير فانهم ما لو ضمنوا لوديعة والعارية للموعد والمعير لم يجر ذلك ولغاقل أن يقول الوكالة بانقرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهم ما اذا لم يضمنه فاما اذا ضمنوا فيكون ذلك فعلا لا مائة الى الضمان ونحوه لا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار (فصل في الضمان) *

كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخسما متوالجواب أن رفع الامانة انما يكون بطلان الوكالة لا يخلو عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسألة البيع فان الثاني ليس فرع الاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما صاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان حصته من الثمن شائعاً صار ضمانه لنفسه وقد تقدم فسادُه وان صح في نصيبه مفرزاً أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسناً أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكروا في الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للاحولاءية المشاركة ولو صح الضمان فياؤديه الضامن (٣٣٠) يكون بينهما وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل

حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلانه انتهاءً فقلنا يبطل لانه ابتداءً ولا معنى لما قبل في تعليله هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً لان عقد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذلك اذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قبل انه لو صح الضمان فياؤديه الضامن يكون مشتركا بينهما وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا رجعهم ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلانه انتهاءً

ولو ان المال امانة في أيديهم ما والضمان تغيير حكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما صاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك لو حلف المشتري مالا لم وكل عليه دين بولو حلف مالا لو كفل عليه شيء حث بخلاف الوكيل بالنسكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه لا يغير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضمانا لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضا فيهما (اذا باع رجلان عبدا) مثلاً بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما صاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة) بان ضمن نصف الثمن مطلقاً (يصير ضمانا لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فاستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه فياؤديه الضامن الشريك يكون بينهما وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لان افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصرف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كأنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي صح هذا

المشتري (قوله لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وفي الفوائد الظهيرية لا معنى لهذا التردد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً ولا معنى لا قول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لان انعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين فكذلك اذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قبل انه لو صح الضمان فياؤديه الضامن يكون مشتركا بينهما وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا رجعهم ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلانه انتهاءً

حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقص ما أدى وهو ممنوع بل هو بخلاف من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي هذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف (قوله كان للاحولاءية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على التوب لانه ملكه بعقده (قوله ولو صح الضمان فياؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قبل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بان القسمة في صورة البيع ضمنية فلا يعتبر لها فراجع (قوله نفعه صاحب النهاية) أقول نفعه من الفوائد الظهيرية

يصح شامعا يحجب عليه بان نصيب الشريك وهو النصف مثله اعتبارا ان اعتبارا نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبارا نصف مقر في بعض افراده لاتعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما واعتبارهما افترا ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لان اعتبار الاجماع الحجب عنه بانه انما يلزم القسمة فيه لان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا تخارن بشاركه بخلاف ما اذا باع صفتين بان سمي كل واحد منهما مالا نفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصفة والقرض خلافا واستوضع بقوله ألا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما اذا تقدم حصته وان كان قبل السكك ولو اتحدت الصفة لم يكن له (٣٣١) ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خواجه

وفوائده وقسمته فهو جائز الخ)

الضمان عن الخراج

والنوايب والقسمه جائزا

الخارج فقد تقدم في قوله

من قبل والرهن والكفالة

جائزان في الخارج قبل والمراد

به الموظف وهو الواجب في

الذمة بان يوظف الامام في

كل سنة على مال على ما يراه

دون المقاسمة وهي التي تقسم

الامام ما يخرج من الارض

لانه ليس في معنى الدين لعدم

وجوبه في الذمة وقد تقدم

في هذا الشرح ما يفرقه به

بين الخراج والزكاة وذكر

المصنف رحمه الله فرقا آخر

بقوله وهو يخالف لزكاة

لانها مجرد فعل اذ الواجب

فيها تسليم مال من غير أن

يكون بدلا عن شيء والمال

آلته ولهذا لا تؤدي بعد

(قوله يحجب عنه بان نصيب

الشريك الخ) أقول فيه

تأمل (قوله لان ما اشترى

أحدهما بنصيبه الخ) أقول

قال بعض الفضلاء هذا غير

مطابق للواقع فان ما اشترى

بخلاف ما اذا باع صفتين لانه لا شركة ألا ترى أن للمشتري ان يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا تقدم حصته وان قبل السكك قال (ومن ضمن عن آخر خواجه وفوائده وقسمته فهو جائز) أما الخارج فقد ذكرناه

يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا من يد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لسكن بعدما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكرنا لئلا يطران يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا أن يفرق بين شرائه بمحضه وبين ضمانه أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باع صفتين) يعني بخلاف ما لو باع الشريك العبد صفتين بان باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك للمشتري ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه أو باع معا وسما السكك نصيب ثمنهما ثم ضمن أحدهما صاحبه الضمان (لانه لا شركة) بينهما يحكم الشريك بذلك والذو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما اذا باع معا دون الآخر صح ولو قبل السكك ثم تقدم حصته أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبي حنيفة والاذ هو على قولهما في تعدد الصفة على ما سلف في البيع قال الامام فاضحيان ولو تبرع بعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقة في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع أسرع جواز من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببسمل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله ومن ضمن عن آخر خواجه وفوائده وقسمته فهو جائز) أما الخارج فقد ذكرناه قبل

(قوله بخلاف ما اذا باع صفتين) بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصفة اذا تعددت فما وجب لسكك واحد منهما بعقد يكون له خاصة بلا شركة ألا ترى أن للمشتري ان يقبل نصيب أحدهما (قوله وان قبل السكك) أي للمشتري أن يقبض نصيب أحدهما اذا تقدم حصته من الثمن وان قبل السكك وذكر الامام المحمدي رحمه الله وان كان البيع صفتين بأن سمي السكك نصيب ثمنهما صح ضمانه لانه لا شركة بينهما ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورده الآخر صح ولو قبل السكك ثم تقدم حصته أحدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول (قوله وأما الخارج فقد ذكرناه) وهو قوله والرهن والكفالة جائزان في الخارج لانه دين مطالب به يمكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخارج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي تقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين وفي الفوائد الظهيرية اما الخارج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب

أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وان كان لا لا يخرج حق المشاركة ألا ترى ان له ان لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك وبالجملة فوقع الملك له خاصة منصوص عليه وسيجيء ان شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال ان البيع أمر حكومي وبإضافة البيع الى نصيبه مشاعا لا يلزم محذور بخلاف اضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدي الى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشرع فوضع الفرق واندفع الاشكال ثم في صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد ووقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار اضافته الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعدد غيره على ما عرف وأما نيوتن حق المشاركة له فسيجيء انتهى ونحن نقول قوله وان كان لا لا يخرج حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما اذا صالحه عن نصيبه بشوب والتفصيل في الصلح في الدين المشتري ثم قوله وسيجيء يعني في الصلح في الدين المشتري ثم قوله فوضع الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الغائنة اذ ليس في كلامه ما يدفع الاشكال

موته الابوصية وأما النوائب فتقدر اديها ما يكون بحق وقد رادهم مال ليس بحق والاول ككبرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلاة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وقداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أو جبهه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي اتي ياخذها الفلملة في زماننا ظلما كالقبحر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لا التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وعمن يميل اليه الامام البردوى يريد نفي الاسلام وجهه الله لان صدور الاسلام ممن مال الى عدم صحته قال لخر الاسلام وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة به الامان الذين في حكم توجه المطالبة بهما والعبرة في الكفالة للمطالبة لانهما شرعت لا لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط (٣٣٢) والعدالة كان مأجورا وان كان من جهة الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى

وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعدموته من تركته الابوصية وأما النوائب فان أديها ما يكون بحق ككبرى الانهار المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وقداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أديها مال ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رجحهم الله ومن يميل الى الصحة الامام على البردوى وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصص منها والرواية باو

هذا الفصل بقوله والرهى والكفالة جائز ان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو وتلك طائفة من ماله مقدرة لادين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال ألتفسه أو فرض اقترضه أو مبيع عقديعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأه وهو المهر أو استجار عين والزكاة ليست كذلك بل يجب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مسنك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قبلت الكفالة بما اذا كان خراجا وموظفا لخراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فاه غير واجب في الذمة (وأما النوائب فان أديها ما يكون بحق ككبرى الانهار المشتركة) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلاة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وقداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شيء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائز بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسرا بما يجب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أولزمه ولا شيء فيه وان أديها مال ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاذ فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانهم ظلموا فاختلف المشايخ في صحة الكفالة به اذ قيل تصح اذا العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضمن في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو طلقا (ومن يميل الى الصحة الامام البردوى) يريد نفي الاسلام أما أخوه صدور الاسلام هابي صحة الكفالة بهما (وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصص منها) اذا قسمها الامام ولا اجرة الى كون به من عليه ويحبس فيه ثم قال كأنه أراد به الخراج الموظف (قوله وهو يخالف الزكاة) أى الخراج بخلاف

نائبه غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الأنة اذا أمره به لاعتنا اكرامه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر ابن سعيد أنه قال وقع هذا الحسرف غلط الان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بان القسمة قد تنجى بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمته بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه ان أحد الشرى يكن اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة

واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسمت ثم منع أحد الشرى يكن قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالناء وقد علمت ان القسمة بالتام تنجى بمعنى القسم بلاتاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره على هذا فذكره بالاولا لبيان من باب العطف للتكسير أو حصص منها أى من النوائب بمعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة فهو مؤنة كبرى النهر المشترك فاصاب واحد اثنى من ذلك فيجب أدائه فكفل به رجل صحت الكفالة بالايجاع قبل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كقوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المصنف وجهه الله الى أن الرواية باو على تقدير أن تكون القسمة حصصا من النوائب لان القسمة اذا كانت حصصا منها فهو محل أو وأما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو واسم وقيل هي النائية الموظفة لراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل ومن قال به هذا القول الامام نفي الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

وقيل هي النائية الموطقة الراتبة والمراد بالنائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه (ومن قال لا تحرك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمنك لك عن فلان مائة الى شهر وقال

الرواية قسم بلاهاء لان قسمه في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمه بينهم اذ لمعنى لضمان حقيقة القسمه بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان يذبح كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائية الموطقة الراتبة والمراد بالنائب) ماهو (منها غير راتب) فتغارا (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصفة في أحدهما والخلاف في الاخرى ثم من أصحابنا من قال الأفضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائية قال شمس الأئمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجاهلية والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب وتخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد اعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لعله يستعين به الفقير من الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكر من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لا تحرك) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل

الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعدموته من تركته الا بوصية وهذا لان واجب الزكاة فعل هو عبادة والمال محل لا فامة ذلك لو اوجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعادي غير مضمونة بخلاف الخسار لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذان عن حريم الدين والمأمة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج وأما النوائب فان أقر بدينها ما يكون بحق ككسرى النهر المشترك نحو أن يقضي القاضي بكسرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فأبى واحد منهم من الكسرى وأنفق شريكه بأمر القاضي يصير حصته الا ترى ديناني ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفيل بما هو مضمون على الاصيل وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ما وطف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال أو يحتاج الى فداء أسارى المسبيين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهو واجب مضمون تصح الكفالة وان أقر بدينها ما ليس بحق كالجلبانيات في زماننا اختلف المشايخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لا التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا نبي هذا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم نفي الاسلام على البردوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانهم في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بها لانهم اشرفت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط أو جردان كان الاخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره بامر رجوع عليه وان لم يشترط الرجوع كلقوى دين غيره بامر (قوله وأما القسمه فقد قيل هي النوائب بعينها حينئذ تكون الرواية بالواو وأوصية منها فيكون حينئذ بين القسمه والنوائب مغايرة والرواية بأو وقيل هي النائية الموطقة الراتبة وهي المقاطعات الدوائية في كل شهر أو ثلاثة أشهر والمراد بالنائب ما ينوبه غير راتب بل لمحقه احيا نا ويحتمل أن يقع ويحتمل أن لا يقع وقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله انه قال وقع هذا الحرف غاطلان القسمه مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب أحد الشريكين القسمه من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن أنسان به لان القسمه تواجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسم ما من منع أحد الشريكين قسمه صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بسكون السين وحذف التاء كذا في القوائد الظهيرية وقيل أراد بالقسمه أجرة الكيال الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة (قوله والحكم ما بيناه) وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة

قال (ومن قال لا تحرك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا تحرك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى لكونها حالة وان قال ضمنك لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين فوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة

وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سبأني ولا يوجب اليوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الابحجة باعتبار اقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعي احق بالنفس وهو تأخير المطالبة الى أجل فمكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضع الفرق بينهما وانما قيل ان يقول له بانه لا دين عليه فيقر به ليس انه قد أقر بالمطالبة فله الخصم أن يقول أقر بالمطالبة مدعي احق بالنفس وهو تأخيرها الى أجل فمكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم (٣٣٤) الفرق وعلى تقدير عناه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في

المقر له هي حالة فالقول قول الضامن (وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى احق بالنفس وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فمكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الاصيل

القول في المسئلتين للمقر ولا يوجب اليوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو ومن الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعتراه بالمؤجل أعترا في بنوع كالا عتراه بخطة مودعة أو واجدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا ببحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيم لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا يبدل في الحال فمكان الحلول الاصل والاجل عارض فمكان الدين المؤجل معروضا عارض لا نوعا (ثم ادعى لنفسه حقا رهوت تأخيرها) والاخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيه في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان

بها اختلاف المشايخ (قوله لانه لا دين عليه في الصحيح) احتراز عن القول الآخر لانه يجب للطالب على الكفيل دين أيضا (قوله فمكان القول قول من أنكر الشرط) أي مع اليمين (قوله أما الاجل في الكفالة نوع) يعني لما كان نوعا وجب ان يقبل قوله في بيانه لانه لا يدعي العارض بخلاف الاجل في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال والشافعي ألحق الاول بالثاني وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الثاني بالاول وذلك لان عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جتا فمكان الاقرار بالدين وهو المذكور أولا في الرواية ملحقا بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا ومذهب أبي يوسف فيما روى عنه على عكسه وبجدة الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر باحد نوعي الدين فالقول قوله وجه أبي يوسف رحمه الله انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الابحجة الا ترى انه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا

الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبتت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقتناعا بما جرد لما لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الدين بهذه المثابة لان ثمن الشباعت والمهور وفيه المتلفات حال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان

مؤجلا على الاصيل فمكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقوى ما يتصور في الفتحة من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فمكان القول قوله ووقع في المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أوردته فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجالي كتبه تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فجار وي عني عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور ومن مذهبه ما في الشارحين من حمله على
الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله) (٣٣٥) ومن اشترى جارية فكفل له رجل

بالدرك (الخ) ومن اشترى

جارية فكفل له رجل بالدرك

وقد تقدم معنا فاستحققت

الجارية لم يأخذ المشتري

الكفيل بالثمن حتى يقضى

له على البائع برد الثمن لان

احتمال الاجازة من المستحق

نايب وثبوته يمنع أن يأخذ

الكفيل بالثمن لان بمجرد

قضاء القاضى بشبوت

الاستحقاق للمستحق

لا ينتقض البيع في ظاهر

الرواية مالم يقض له برد

الثمن عليه ولو كان الثمن

عبدا فاعتقه بائع الجارية

بعد حكم القاضى المستحق

نقد اعتاقه وأذا لم ينتقض

لم يجب الثمن على الاصيل

وأذا لم يجب على الاصيل لم

يجب على الكفيل وانما قال

على ظاهر الرواية واحتراز

عما قال أبو يوسف في الامالى

له ان يأخذ الكفيل قبل أن

يقضى له على البائع لان

الضمان قد تفرغ عنه على البائع

ووجب للمشتري مطالبة

فكذلك يجب على الكفيل

فان قيل فإذا قضى الحاكم

بالحرية فبمجرد القضاء

بها يثبت للمشتري حق

الرجوع فما الفرق بينهما

وبين الاستحقاق وأجاب

المصنف بقوله بخلاف القضاء

بالحرية لان البيع يبطل

بها لعدم المحلية فبرجع

المشتري على البائع وكفيله

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فجار وي عني عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد
أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن
على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له
على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فبرجع
على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل بالبيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

التزام المطالبة بتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كاستقالة بمآذاب والدرك فانما أقرب نوع منها
فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانما ضيقة لقله وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا
مخلص من ادعى مالاد هو مؤجل في الواقع فان اغترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان
اغترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل فان قال
مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله
اليوم قبله شيء (أرجو أن لا يكون به باس ان كان لا يقصده انواء حقه (قوله) ومن اشترى جارية فكفل له رجل
بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول بعني لم يطالبه (حتى يقضى له
بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لا ينتقض البيع) أي لا يفسخ (على ظاهر
الرواية) واحتراز بظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على
البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبة فكذلك على الكفيل وجه
الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على
ماله ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نقد غنة وكذا
لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع
عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل
بخلاف مالوقضى بحرية العبد ويحويه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا فمطلالا للمالك
وأما ما نحن فيه استحقاق ناقلا للمالك فمحلية للمالك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما
بقي هذا الاحتمال يبقى للمالك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لا ارتفاعه حيث نذو صح في فصول
الاستر وشي أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى و بعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن
والرجوع بالقضاء يكون فسخا من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغلظة ودعوى
الوقف في الارض المشتراة وانما كانت مسجدا وشارك الاستحقاق الناقل في أن كلامهما يجعل المستحق
عليه ومن ثل ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البيعة على المستحق بالمالك
المطلق لا تقبل بينته ويختلغان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا
يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله

فكذلك ادعى الاجل (قوله) والفرق قد أوضحناه) اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر أقر بالدين الى آخره
(قوله) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع) ولهذا الواجبا المستحق البيع بعد قضاء القاضى له مع البيع ولو
كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية نفذ حكم القاضى المستحق بعد اعتاقه وانما يصير كفيلا اذا قضى بالثمن
على البائع فقبل ذلك كفاؤه فلا يكون للمشتري ان يأخذ الثمن من الكفيل وهذا جواب ظاهر الرواية وهو
الصحيح لان الاستحقاق لا ينفى ابتداء البيع فالولى أن لا ينفى البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل
بها لعدم المحلية وجه الورود ان بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق

ان شاء وموضعه أوائل الزادات في ترتيب الاصل أو ادبر ترتيب الاصل ترتيبا محذوفه افتتح كتاب الزادات بباب الماذون مخالفا لترتيب سائر

(قوله) ووجب للمشتري (الخ) أنول فيه شيء الآن يكون وجب بمعنى ثبت

الكتب ثمر كما بما أملى به أبو يوسف فان محمدا أخذ ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجله أصلا وزاد عليه من غنذه ما يتم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزاد انه من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزادات وكان ابتداء املاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد ثمر كايه ثم رتب الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهد وقال انه باطل ولم يحكم خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطس لان الاولى فلان هذه اللفظة مشبهة لاشترى الدرك في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس (٣٣٦) بمضمون على الاصل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد

واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الاجل به عليه فصار مباحا فتعذر العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيها فوجب العمل به وأما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هر عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لالمحالة أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق أو حرافلا يقدر مطلقا والزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما معاهلة بمنزلة الدرك تصحح للضمان وهو تسليم

وموضعه أوائل الزادات في ترتيب الاصل (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفا

(وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باباب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني فليد محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزادات لان أصول أبو ياه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم زيد عليه تغريعاته مما له (قوله) ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشبهة المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن له رجل ملكه وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهد الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بينا. واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك) فانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر ذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهد هو ضمان

(قوله) وموضعه أوائل الزادات في ترتيب الاصل) وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزادات بكتاب المأذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه وعن أبي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقص حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله ان أخذ العين بحكم الحاكم دليل الغش فيفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضى عليه بالاستحقاق (قوله) فضمن له رجل بالعهد) اعلم ان ههنا ثلاث مسائل ضمان العهد وضمن الدرك وضمن الخلاص فضمن العهد باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمن الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فتعذرهما جازلان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسلم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وابو حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخلص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيئا لا يقدر عليه (قوله) لان هذه اللفظة مشبهة أي لفظة العهد قد تقع على الصك

المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وضمن الدرك صحيح وأجيب بان فراغ الذمة أصل فلا تستغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شروطه أن أباحني فغفوا يا يوسف وجهما الله كأننا بكتبان في الشر وطفاً أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا اشترى الى أن بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا ما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قبل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظران الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازاً شهرة أمره معذرة ولا لغة التركيب باستعمال المجاز فيمالة لا يتيسر فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على أن الخلاف في العهد أيضا ثابت وذكروا في الفوائد الظاهرة وما ضمن العهد فتد ذكر ههنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحكم خلافا وذكروا بعض مشايخنا أن عند أبي

ولو

حنيفة ضمن العهدة ضمن الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكره كبري لان من يهز كبري خلاف والله اعلم بالصواب * (باب كفالة الرجلين) * مسافر عن ذكر كفالة الواحد ذكر (٣٣٧) كفالة الاثنين لسان الاثنين بعد الواحد

طبعها فآخر وضعها ليناسب
الوضع الطبع قال (واذا
كان الدين على اثنين وكل
واحد منهما كفيل عن
صاحبه الخ) اذا اشترى
الرجلان عبدا بالف فالثمن
دين عليه مالا لهما فان
كفيل كل واحد منهما عن
صاحبه فادى أحدهما
يرجع على شريكه حتى يري
المؤدى على النصف فيرجع
بالزيادة لان كل واحد من
الشريكين في النصف أصيل
وفي النصف الآخر كفيل
وكل من كان في النصف
أصيلا وفي النصف الآخر
كفيل فادى الى تمام
النصف كان عماله بحق
الاصالة صرفا الى أقوى
ما عليه كالمواشترى نوبا
وعشرة دراهم بعشرين
درهما فنقد في المجلس
عشرة جعل المنقود عن
المصرف لان الواجب به أقوى
لحاجته الى القبض في
المجلس وما عليه بحق الاصالة
أقوى لانه دين وما عليه
بحق الكفالة مطالبة لادين
وهي تابعة للدين لا بتناهما
على الدين فان المطالبة بالدين
بدون الدين غير متصورة
فلا يعارضه بل يرجع الدين
عليها وينصرف المصروف
الى تمام النصف وفي
الزيادة عليه لامعارضته

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه للاحالة وهو غير
قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح * (باب كفالة الرجلين) *
(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى عبدا بالف درهم وكفل كل
واحد منهما عن صاحبه فادى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يري ما يؤديه على النصف فيرجع
بالزيادة) لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضته ما عليه بحق
الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لامعارضته
الدرك ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه
وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه (أو) تسليم قيمته وذكر الصدر الشهيد في أدب
القاضي المصنف أن تغيب الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه
ضمنان الدرك عندهما متعديا للكلام فثبت الاطلاق لثلاثة ضمنان الدرك جائز بالاتفاق وضمنان العهدة
لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمنان الخلاص يختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروعه أن
أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشر وطفا أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصة وأورد الثمن وان لم
يذكر رد الثمن يغسل لانه يبقى ضمنان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمنان الخلاص
مطلقا ما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع
* (باب كفالة الرجلين) *

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله) واذا كان الدين على اثنين بان اشترى بامعابدا
بالف) أو اقترضه (وكفل كل منهما عن صاحبه فادى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يري ما يؤديه
على النصف فيرجع بالزائد) وجهين أحدهما ان كلامهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا
معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه (بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين)
عليه (والثاني مطالبة) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى تقديمه على الاضعف على
ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضى أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة
يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الائمة الثلاثة لهذا الا أن يصرفه
بنية أو بافضله الى أحدهما لانه قول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه
بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصالة ألا ترى أن المريض اذا اشترى في مرض موته شيئا
كان من جميع المال ولو كفل كان من الثالث وأيضوا اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين
لا يجوز وأما كونه يصرف بنية فلان التبعين في الجنس الواحد والدين واحد حتى لو كان نصف الدين
القديم لانه وثيقة منزلة كتاب العهدة وقد تقع على العقدان العهدة من العهد كالعقد من العقد والعقد
والعهد واحد وعلى حقوقه لانهم ثمرات العقد وقد أطلق على خيار الشرط كجاء في الحديث عهدته الرفيق
ثلاثة أيام أي خيار الشرط وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله ان ضمنان العهدة يصح ويكون عبارة عن ضمان
الدرك تصحيا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وأبو حنيفة رحمه الله يقول فراغ
الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال (قوله) وهو تسليم المبيع أو قيمته (أراد به الثمن والله أعلم
* (باب كفالة الرجلين) *

(قوله) ثم هو تابع للاول) أي الثاني وهو المطالبة بامعابدين لان المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين

(٤٣ - فتح القدر ولك وافاياه - سادس) ان لم يكن عليه فمباح بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد
المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجعا للانتفاءه
* (باب كفالة الرجلين) *
(قوله) وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجعا للانتفاءه) أقول ضمنان انتفاءهما راجع الى

(قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أو رده بقباس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فبرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداء نائبه كادائه) بيان للملازمة وتقريره أن صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عنى بامرى فيكون ذلك كادائه ولو أديت بنفسى (٣٣٨) كان لى أن أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فانا أجعله عنك فارجع عليك

لان ذلك أديته الذى عنى فهو أدائى في التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففى تقدير أدائى كذلك والشريك الاستحقاق يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصل الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن

لأن ذلك أديته الذى عنى فهو أدائى في التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففى تقدير أدائى كذلك والشريك الاستحقاق يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصل الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الاصل كذلك فجميع على كل واحد من الكفيلين كفاتان كفاية عن الاصل وكفاية عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة على الاصل وأخرى على الكفيل فصنع الكفاية عن الكفيل لان موجب الكفاية التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفاية عن الكفيل كما تصح عن الاصل وكما تصح حواله للمحال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة

بقرض مثلا ونصفه يبيع وعين صح اذ فى الحسنين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مفيد نائمه (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) لكفاية كان له أن يرجع عليه به (فلا صاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لان أداء نائبه) يعنى كفاية باسره (كادائه) بنفسه ولو أدى بنفسه رجوع فكذلك بائنه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجعه صاحبه والالم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجعه به صاحبه بيانه أدى الاول ما تبين رجوع بنصفه لانه فى احدى المائتين أصل فاذا رجعه به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكليتهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع الا بنصفها لانه لو أداه حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصاله وخمسون الى ما عليه كفاية وانما يرجع بما عليه من الكفاية (فيؤدي الى الدور) وما يؤدي اليه متمنع فتمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت انه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه وهو رجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع لا آخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الا خراستاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللزم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فتمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغ شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدي الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبيلان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفاية بالكل عن الاصل وبالكل عن الشريك

لان المطالبة بالدين ولادى محال (قوله وفى الزيادة معارضة) أى من كل وجه وفى النصف أيضا لم تكن معارضة حقيقة ولكنها كانت معارضة صورة ولا دور أيضا لان المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الاصله يرى صاحبه عن الكفاية فاذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدى (قوله فيؤدي الى الدور) لانه لو جعل شئ من المؤدى من صاحبه فلصاحبه ان يقول ادائك كادائك فان جعلت شئ من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فى ان أجعل المؤدى عنك كالأديت بنفسى فيفضى الى الدور (قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفاية بالكل عن الاصل وبالكل عن الشريك) يريد به ان معنى ما قال فى الكتاب واذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الاصل بالكل وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضا وانما قال فى الصحيح لانهم لو كفلا بالالف كان الالف منقسم على ما نصفتين

فى الصحيح (وكل شئ أداه أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع والمطالبة المعارضة وتضمن لا تنفائه راجع الى أحدهما (قوله مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور) أقول فى الملازمة لا يخفى قوله لان أداء نائبه كادائه عن نفسه بحق الاصله أو ما يعمله وسلم ولا يفيد وان أريد كادائه بحق الكفاية فمنوع وكيف يكون أداء كفاية عنه كادائه عن كفاية فليتأمل قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه

شائعاً عنهما إذا اذلل كل كفاية فلا ترجح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فإن (٣٣٩) الاصل في النصف راجحة بعد صورة

المعارضة بينهما وبين الكفاية

وإذا وقع شائعاً رجوع على

شريكه بنصفه ولا يؤدي

الى الدور لان قضيته الاستواء

وقد حصل رجوع أحدهما

بنصف ما أدى فلا ينقص

رجوع الآخر عليه

بخلاف ما تقدم لان كل

واحد منهما ملتزم بجميع

المال بحكم الكفاية بل التزم

نصف المال بشريكه بنصفه

ونصفه بكفالة شريكه

وجعل المؤدى عن الكفاية

يؤدي الى الدور كما تقدم

وانما قال في الصحيح ليتأتى

الفسر وع المبينة على ذلك

فانه قال (ثم يرجعان على

الاصيل لانهما أدبا عنه

أحدهما بنفسه والآخر

بناثبه) ولو لم يكن كل

منهما كفيلاً عن الاصيل

كان الرجوع عليهما كفل

عنه لهما وقال (وان شاء)

يعنى من أدى منهما شيئا

(رجع بالجميع على المكفول

عنه لانه كفل عنه بجميع

المال بامر) ولو كان

أحدهما كفيلاً عن الكفيل

فقط لم يكن له رجوع على

الاصيل وقال (وإذا أبرأ

المال أحدهما أخذ الآخر

بالجميع لان ابراء الكفيل

لاوجب براءة الاصيل

فبقى المال كله على الاصيل

بحق قال المصنف (فتجتمع

الكفالتان على ماسر) أقول

قبل ورقتي في تعليل قوله

ومن أخذ من رجل كفيلاً

بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً

آخر فلهما كفيلاً قال المصنف (وإذا أبرأ

المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال

والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ماسر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفاية عن الكفيل كما
تصح الكفاية عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً
عنهما إذا اذلل كل كفاية فلا ترجح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل رجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقص رجوع الآخر عليه
بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والآخر بناثبه (وان شاء رجوع
بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بامر) قال (وإذا أبرأ راب المال أحدهما أخذ الآخر
بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل

والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنهم مع الدين أولاً (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة
فتصح الكفاية عن الكفيل) لانه التزام ماسر على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن
الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه) للجهل بما أدى له عليه على آخر
(وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا اذلل كل كفاية فلا ترجح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم
على الآخر رجوع للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يترجع ما عليه
من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فیر جمع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي
الى الدور لان قضيته هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفاية (وقد حصل رجوع أحدهما) وهو
يؤدي (بنصف ما أدى فنقضه رجوع غير المؤدى بلاموجب بخلاف ما تقدم) لاستواء فيه في العلة فان
أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستوي فلم يستوي وجهاً فاذ لا يرجع الا بما زاد على النصف وهذا
الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يقع فرق باعتبار ما لا مسوغ
رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بان
يقول هذا الذي ترجع على به بسبب انك أديته عنى هو كذا انى بنفسى فكأنى أنا الذى أديته واحتسبته عنك
فأنا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم
يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والآخر بناثبه وان شاء
رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامر) ثم أداه (ولو أبرأ راب
المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل

ثم إذا كفل أحدهما عن صاحبه فأدى أحدهما نصف المال فانه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى على
النصف لان جهة الضمان قد اختلفت لان نصف المال كان واجبا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة والنصف
الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفاية الثانية فنزل هذا منزلة المسئلة الاولى (قوله والمطالبة متعددة) يعنى
انما يكون كل واحد منهما كفيلاً عن الاصيل وكفيلاً عن صاحبه لان موجب الكفاية التزام المطالبة وهي
متعددة مطالبة على الاصيل ومطالبة على الكفيل وقد اترهما كل واحد منهما فتجتمع الكفالتان على كل
واحد منهما (قوله على ماسر) اشارة الى ماسر من قوله لان موجب التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله
من أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فلهما كفيلاً (قوله وكما تصح الحوالة من المحتمل
عليه) أو حوالة المحتمل عليه بما التزم على آخر يصح فكذا في الكفاية (قوله بخلاف ما تقدم) أى بخلاف ما إذا
كان كل واحد منهما أصيلاً في النصف لان دين الاصلية قد تقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف (قوله ولا يؤدي
الى الدور) لانه إذا رجع أحدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس لا تخرج أن يرجع عليه لان قضيته
الاستواء وقد حصل بخلاف ما إذا كان على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بان هنالك جعل المؤدى
عن الكفاية يؤدي الى الدور فلا يجعل قوله والآخر كفيل بكامله على ما بينا اشارة الى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح
أن يكون كفاية بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك

بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فلهما كفيلاً قال المصنف (وإذا أبرأ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال

والآخر كقيل عنه بكاه على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا نأخذ به وهو ظاهر قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صاحب الدين أن يأخذوا أيهما (٣١٠) شأوا بجميع الدين الخ) إذا افرق المتفاوضان وعليهما دين فلا صحابه ان يأخذوا أيهما

والآخر كقيل عنه بكاه على ما بيناه ولهذا نأخذ به قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صاحب الدين أن يأخذوا أيهما شأوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كقيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كقيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه) ووجهان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقه ماعلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسند كره في المكاتب أن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك فما أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوثقوا ولو رجع بالكل

والآخر كقيل عنه بكاه) (قوله وإذا افرق المتفاوضان فلا صاحب الدين أن يأخذوا أيهما شأوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كقيل عن صاحبه على ما عرف في) كتاب (الشركة) من أن شركة المغاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر لا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدونين بدين واحد والله الموفق (قوله وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتب كذا على ألف إلى عام (وكل واحد منهما كقيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا لاربعه الثلاثة تجوز كانت الكفالة واحدة فقط ولأنه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر به وجه يصح به فيعمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كفاي الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابلهما فيقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تعديلهما وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة تهى المنتهية حتى ان ما أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوثقوا

(قوله لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) وهي مسألة أول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور (قوله وإذا كوتب العبدان) كتابة واحدة بان قال كاتب كذا على ألف إلى سنة في الفوائد الظهير يترجل كاتب عشرين له كتابة واحدة ثم انما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتب على حدة فكيف كل واحد منهما عن صاحبه يبدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا وهذا العقد صحيح استحسانا والقياس أن لا يصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا إذا الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان أن هذا العقد يحتمل العتق بان يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كفاي الولد المولود في الكتابة ويجعل كل واحد في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابلهما فيقسم عليهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما أو استكتفا قدرنا المال على كل واحد منهما تعديلهما بالكتابة فقيم ما وراء ذلك العبرة بالحقيقة (قوله فما أداء أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه) فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال في الحقيقة مقابلهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب أن لا يكون له حق الرجوع عالم بزاد المؤدى على ما يخصه كفاي مسألة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحرزا عن تغريق

شأوا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه شيء حتى يزاد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شأوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المغاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فإذا طلبوا أحدهما أو أخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتب كذا على ألف إلى كذا وكل واحد منهما كقيل عن صاحبه

صحيح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراد باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا عليه وأما بطلان الكفالة يبدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديننا صحبا وبطل

الكتابة ليس كذلك وجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقه ماعلقا لا تحقق بأدائه أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما أن أدت الالف فانت حر وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه

(قوله أي بأداء كل واحد منهما) أقول الأولى أن يطرح كلمة كل فانها يعتق بأداء واحد منهما

كما سنده كره في المكاتب وهذا النما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذه قديم او اما اذا اختلفت الكتابان فان عتق كل واحد منهما بعلق
بمال على حدة فتعذر تصحيح هذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استوائه في الوجوب عليه ما لا استوائه في العلة أعنى الكفالة فكان كل البذل
مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فإداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع
بالسكلى أولم يرجع بشئ لانتفت المساواة ولولم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف
لانه مارضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق وباقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان
يكون موزعا منقسم عليهم وانما جعل على كل واحد منهما "احتمالا لتصح الضمان (٣٤١) فكان ضروريا لا يعدى غير موضعها
واذا أعتق استغنى عنه وانتهى

الضرورة فاعتبر مقابلا
برقمتهما ولهذا يتنصف
وعرض بانه اذا كان
مقابلا لهما كان على كل
واحد منهما بعضه فيجب
أن لا يصح الرجوع ما لم
زد المولى على النصف
لئلا يلزم الدور كما هو واجب
بان الرجوع بنصف ما أدى
انما هو للتحرر عن تقرير
الصفة على المولى لان المؤدى
لوقوع عن المؤدى على
الخصوص برئ بادائه عن
نصيبه وعتق لان المكاتب
اذا أدى ما عليه من بدل
الكتابة عتق والمولى شرط
عليهما أن يؤديا جعلا ويعتقا
جعا فكأن في التخصيص
اضرار للمولى بتفريق
الصفة فافرقنا المؤدى
عنهما جعلا واذ بقى النصف
على الآخر للمولى أن
ياخذ به أيهما شاء أما المعتق
فبالكفالة وأما صاحبه
فبالاصالة قيل أخذ المعتق
بالكفالة تصحح للكفالة

لا تتحقق المساواة قال (ولولم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جازا العتق) لصادفته ملكه وبرئ عن النصف
لانه مارضى بالترام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وباقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان
المال في الحقيقة متم مقابل برقمتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتمالا لتصح الضمان واذا جاء العتق
استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقمتهما فافلها هذا يتنصف وللمولى أن ياخذ بخصم الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق
بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذي أعتق يرجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامر وان أخذ
الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم
(باب كفالة العبد وعنه)

(ولولم يؤديا شيئا) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جازا لصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالترام
المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) للحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على
الآخر لان المال في الحقيقة متم مقابل برقمتهما وانما جعل على كل منهما احتمالا لتصح الضمان) والحامل عليه
تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقمتهما فوجب أن يتنصف وللمولى
أن ياخذ بخصم الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه أنه يستلزم كون
الرقيق ضامنا للبذل المكتوبة وهو لا يجوز أوجب بان هذا في حالة البقاء لافي الابتداء ككلمات شهود النكاح
(فان أخذ الذي عتق يرجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر لم يرجع) على الذي عتق (لانه) رجعا
(أدى عن نفسه)
(باب كفالة العبد وعنه)

الصفة على المولى لان المؤدى لوقوع عن المؤدى على الخصوص ببرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا
برئ عما عليه من البذل يعتق والمولى شرط عليه ما أن يؤديا جعلا ويعتقا جعلا ونظيره نصراني كاتب
عبد له نصراني على خسر كتابة واحدة فأسلم أحدهما انقاب ما عليه ما عليه (قوله وللمولى أن ياخذ
بخصم الذي لم يعتق أيهما شاء) لان كل واحد منهما كان مطابا لجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقى
على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت (قوله المعتق بالكفالة) فان قيل كيف يكون المعتق ههنا
كفالا ببذل الكتابة والكفالة ببذل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في
ابتدائه ببذل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحح الكتابة وبعد عتاق أحدهما
صار المعتق كفالا عن غير المعتق ببذل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كفى موت الشهود والله أعلم
(باب كفالة العبد وعنه)

ببذل الكتابة وهي باطلة وأجابوا بان كل واحد منهما كان مطابا لجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على
وفق الثبوت فان أخذ الذي أعتقه يرجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بامر وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه
حق هذا الباب التأخير لان العبد متاخر عن الحر اما الشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحر يتروضع
(باب كفالة العبد وعنه)
ترتيبه يقتضى تقديم كفالة العبد في البحث واكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

(باب كفالة العبد وعنه) (قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق أقول وبدء بالكفالة عن العبد القرب (قوله وفيه ما فيه)
أقول فان علامة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة مالا لا وجوب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته (٣٤٢) في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب بعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بخوضه اذا أدى رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفاً بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى كان استهلاكه للعالم معاًيناً معلوماً فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحر يضمن غير أن يشترط في الكفالة تاجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذ كر حلولاً ولا غيره لزم) الكفيل (حالاً لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً (و) انما (لا يطالب به لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي بتعاقب الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كوكفل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو لم يلزم تأخير دين الاستهلاك المعين لعسره وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا يتمكين المرء وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحد هما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع وقبته فيه الآن يغديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يسم لك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بخوضه) صحيح ولو كان كفيل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤجل الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحسب أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتناولها ما اذا أقر العبد باستهلاكه للعالم وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله للعالم أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلا نه كفيل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالاً فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير منقطع في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس

(قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق) أي مالا هذه صفة وهي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى

بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وان كان في حق الاصيل متأخراً الى المبصرة الكفيل فان قيل الا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بخوضه يعني ان الدين ثمة متأخر عن الاصيل بخوضه أي بامر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد اترم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً اذا أدى الكفيل رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً فانه مجتوب براء

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كماله كان حرا وذكروا هذه في المذهب الذي بعدهم وليبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها لقيمة) عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد (٣٤٣) انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق

الكفيل بخلاف الاول أي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيده باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت المالك باقرار ذي اليد أو بشكواه عن الميسر حيث تقضى بقيمة العبد الميث على المدعي عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار بجهة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامر بالخ) اذا كفل العبد عن مولاه بامر بالخ لا يتحلوا ما أن يكون عليه دين مستغرق أولا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثاني صححت ان كانت بامر لان ماله بملته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهي صحته سواء كانت بالنفس أم بالمال مدنيونا كان العبد أو غير مدنيون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما

الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامر فعتق فاداه أو كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال الزفرير يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وانما فراه في العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) وهو كماله كفل بالمعصوب بحيث يؤخذ برعيه فان عجز بغير قيمته فخالصه أنه كفل بماله هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فبات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فبات الحر مفسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفسر بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه (قوله واذا كفل العبد عن مولاه بامر فعتق فادى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمة الله) في شرح الجامع (أنه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعني ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطالعة لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر السيد به فافك للعجز عنه فيه فتصح حتى تباع رقبة في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد مال بيته لعلق حق الغرماء به فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف

قانه لا يؤخذ به في الحال (قوله فان ادعى رقبة العبد) وفي الفوائد الظاهرة ية فان ادعى على ذي اليد رقبة لعبد فكفل بنفس العبد ورجل ثم مات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد اثبات ملكه باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعي باقرار ذي اليد أو بشكواه عند التحليف وقدمات العبد في يده يدى اليد قضى بقيمة العبد على المدعي عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر بجهة في حق الكفيل (قوله ومعنى الوجه الاول) وهو ما اذا كفل العبد عن مولاه بامر ان لا يكون وفي بعض النسخ ان يكون بغير حرف النفي والصحيح من الرواية أن لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لغرض منه عن تعلق حق الغير الا ترى انه يملك أن يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذالكه أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مدنيونا لان مولاه صار كالا جنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك أمره بالكفالة وأما كفالته عن العبد تصح بكل حال سواء كان العبد مدنيونا أولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من مال بيته وهي من ملك مولاه فاي فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة أو باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبده رجلا دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه

على صاحبه وقال زفرير يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر بتحقيق والمانع وهو الرق تد زال وقتلنا هذه الكفالة قد انعدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب وجبة أبدا كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فجاز أن الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوض بان الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطتان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرنا الحر يستوجب ديناً لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكفالة تكفل به حياً وعبدواً كما قال بمال الكفالة دون بدل الكفالة لانه لا يتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكفالة أما (٣٤٤) في بدل الكفالة فلا نه دين غير مستقر لشبوهه مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد

اذا كان بامرهم أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للر جوع وهو الكفالة بامرهم المانع وهو الرق قد زال ولنا أنهم اوقعوا غير موجبة للر جوع لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفّل عن غيره بغير أمره فجازته (ولا تجوز الكفالة بمال الكفالة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

ما اذالم يكن عليه دين فان لم يولد الحق في ماله فيه يعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا أما كفالته السيد عن العبد فصحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى من ماله وهو مال المولى فاي فائدة في هذه الكفالة أجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لا معه يقضى من جميع أمواله بخلاف ما اذالم يكفل فإنه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه لبيع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لوفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للر جوع وهو الكفالة بامرهم والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال) بالعتق فان الاداء منهما به فوجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للر جوع) بما قلنا وان واحد منهما لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفّل عن غيره بغير أمره) فبلغه (فجاز فادى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يتبعه لا لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للر جوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مدوناً في نكاحه ثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلما قبلت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائه حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طوب بالعرف بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بان استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحرية بينهما اذ ذلك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببذل الكفالة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أي تعدد الكفالة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبداً مابق عليه درهم وذلك يقتضى نفق الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وأثبتاه مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل (قوله وقعت غير موجبة) وانما فيه أن الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الاصيل

مابق عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكفالة عليه اذ كثرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوههم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاء ما ديناً مستقر لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر حاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً ولعباً (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط بالاداء أو الإبراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل آخر على المدعى وهو علم صحة الكفالة ببذل الكفالة وتقر به أن الكفالة ان صحته فلا يخلو اما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقطا بتجيز الكفيل نفسه كما يسقطا بتجيز الاصيل نفسه أو مطالبا ولا سبيل الى كل واحد منهما

وبدل

بتجيز الاصيل نفسه أو مطالبا ولا سبيل الى كل واحد منهما

(قوله وانما قال بمال الكفالة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكفالة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكفالة عن المكاتب للمولى لا تجوز دين آخر للمولى سوى بدل الكفالة على المكاتب ذكره في المبسوط انتهى الآن في تعليل مال الكفالة لماسوى بدل الكفالة تأملا (قوله أما في بدل الكفالة الى قوله وتقر به أن الكفالة ان صح الخ) أقول وتقر به الاول عندى ان مال الكفالة دين ثبت (قوله أن ما يقع في نسخة العلامة الحراوى أن ما لا يقع وكتب عليه بالهامش أصل النسخ بحذف لانا في تأمل مع ما يأتي آه

والبراءة تغفوا السكفالة فكذلك ما يضمنها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كـ بـ ما تركبت: نارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتمل عليه على سبيل التوقيف به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها قال (وهي جائزة بالدين الخ) الحوالة جائزة بالدين دون الاعيان أما الجواز فيسدل عليه النقل والعقل أما الاول فصار ويأبوا وفي السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي (٣٤٦) الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق الغنى

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على مليء فليتبسح ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتنص كالسكفالة وإنما اختصت بالدين لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه)

ويقال للمحتال تحويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحتمل والمحتال رب الدين والمحتمل عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقسل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف السكفالة فانها ضام في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وإنما اختلف المشايخ ان الدين أيضا ينقل أو لا وسنذكره من قريب فلو أراد التعريف على قول المناقلين بخصوصه لم قيل نقل الدين أو قول المنافين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدين) قال صلى الله عليه وسلم في بار وأه أبوه رقرضى الله عنه مطلق الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبسح متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبسح كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغنى ظلم ومن أحيل على مليء فليتبسح ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومسلم أحيل على مليء فليحتل قيل وقدرى فإذا أحيل بالغاء فيغيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغنى ظلمًا فإذا أحيل على مليء فليتبسح لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر أنه أمر اباحة وهو دليل جواز نقل الدين شرعاً والمطالبة فان بعض الاملاء عنه من اللد في الخصومة والتعسير ما تكثره الخصومة والمضاربة فن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تسكين الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل الى النص لأنه جامع بين معنيين مجازيين للفظ الأمر في اطلاق واحد فان جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز لان جامع على جوازه ادفعاً للحاجة وإنما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال

ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبسح وقال الترمذي في جامعه بعد مروي الحديث باسناده الى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل الأمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأموراً به من الشارع ودل على جوازها وأما الثاني فلأنه قادر على إغناء ما التزمه وهو ظاهر وذلك لوجب الجواز كالسكفالة وأما اختصاصها بالدين فلأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا تحويل الدين في الدين لافي العين وتقرر به الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي إنما يتصور في محمول شرعي وهو الدين لأنه

والمل محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وقوله للمحتال المحتال له لغو لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال تحويل كذا في المغرب وهي في الشرع تعقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتمل عليه (قوله وهي جائزة بالدين) قال عليه السلام من أحيل على مليء فليتبسح فالأمر بالاتباع دليل الجواز (قوله) إنما اختصت بالدين لأنها تنبئ عن النقل والنقل في الدين لافي العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي فيظهر أثره في المطالبة فجاء أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعاً أما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي * فان قيل يشكل هذا بما إذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لا على فلان كذا فاحتل بها على ورضي بذلك صاحب الدين صححت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه * قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل إذا قال أدبت دينك على ان لا أرجع على المديون تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر المعنى دون اللفظ (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال) صحة الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحتال

وصف شرعي في الذمة لظاهر أثره عند المطالبة فجاء أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فإلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك بما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل

والمحتال والمحال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتمل لان الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذم متغاوثة أما فلا بد من رضا ولا خلاف في ذلك لاختصاص أهل العلم وأما رضا المحتمل عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط والرجل محتمل عليه ومحتال عليه وتقدر المحتمل في الفاعل على محمول بكسر الواو وفي المغفول بالغض وقوله للمحتال المحتال له لغو لأنه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال تحويل (قوله والبراءة تغفوا السكفالة) أقول إذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجيء

وبه قال مالك وأحمد لأنه يحمل التصرف فلا يشترط رضاه كقول باع عبدا فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمجمل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره
كلو وكل في الاستيفاء وأما إذا لم يكن للمجمل دين عليه فيشترط رضاه بالاجتماع وقلنا أنه الزام الدين ولازوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم
بالبيعة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحاكم أظهر ولا لزام للزام وأما مرض المجمل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بان ذوى المروآت قد
يأنفون بحمل غيرهم ما عاينهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف
في حق نفسه والمجمل لا يضره بل فيه نفعه لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن باصره قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه
إذا كانت باصره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمجمل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ تكون
اسقاطا للمطالبة لمجمل عن المحال عليه فلا تصح الإبراء والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداءها من (٣٤٧) المجمل وقد يكون من المحتال عليه
والاول حالة وهو فعل
اختياري لا يتصور بدون
الارادة والرضا وهو وجه
رواية القدوري والثاني
احتمال يستلزم بدون ارادة
المجمل بارادة المحتال عليه
ورضاه وهو وجه رواية
الزيادات وعلى هذا اشتراطه
مطلقا كذهب اليه الاثمة
الثلاثة بناء على أن إيقاع
الحق حقه فله ايضا ومن
حين شاء من غير قسم عليه
بتعيين بعض الجهات أو
عدم اشتراطه مطلقا كما
ذهب اليه بعض الشارحين
بناء على رواية الزيادات
ليس على ما ينبغي قال (وإذا
تمت الحوالة برئ المجمل من
الدين بالقبول الخ) إذا تمت
الحوالة برئها وشرطها
كان حكمه براءة المجمل من
الدين وقوله بالقبول متعلق
بقوله إذا تمت الحوالة والمراد
به رضاه رضاه شرط فيها

أما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلانه يلزمه
الدين ولازوم بدون التزامه وأما المجمل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من
المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يضره بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه إذا لم يكن باصره قال (وإذا
تمت الحوالة برئ المجمل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة

فلان الدين حقه وهو (أي الدين الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء
المطل (فلا بد من رضاه) والالزام الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلانه) الذي (يلزمه
ولدين ولازوم بالالتزامه) ولو كان مسدينا للمجمل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر
وصعب معسر (وأما المجمل لالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه وهو) أي المجمل (لا يضره بل فيه نفعه) عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا
بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الإبراء) وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره وأول
في الاوضح المذكور في القدوري إذا كان للمجمل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة
فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا للمطالبة للمجمل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا
تصح الإبراء كذا في التلخيص وتواشترط رضا المجمل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للمجمل إبقاء ما عليه من أي
جهته شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهاون نقل ابن قدامة ان رضا المجمل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته
أن يقول رجل لصاحب الدين الك على فلان بن فلان ألف فاحتل به على فرضي الطاب وأجازت الحوالة
حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي
حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الآن يقبل رجل الحوالة للغائب فتوقف على إجازته إذا بلغه وكذا لا يشترط
حضوره للمحتال عليه حتى لو أقال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) وإذا تمت الحوالة بالقبول برئ المجمل من
الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط
(وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر

عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل
الحوالة للغائب ولا يشترط حضوره للمحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أقال على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل
صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضوره للمجمل ولا رضاه (قوله) وإذا تمت الحوالة برئ المجمل (وللمتأخرين

على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه ما هو الصحيح مما اختلف فيه من شأنها فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذمة المجمل عن المطالبة
والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءة عن المطالبة ومنشأ ذلك كرمحمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال
ان المحتمل اذا وهب الدين من المجمل أو أبرأه من الدين به الحوالة لا تصح هبته ولا أبرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه

(قوله) وقلنا انه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليتأمل قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه
بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بإداء الواجب
فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل (قوله) قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو
الكافي (قوله) وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله) وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله
ليس على ما ينبغي خبره

أو وهب الدين منه صرح وهذا يقتضي تحول الدين إلى ذمة الحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني أن المحتال إذا أبرأ الحال عليه صرح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين إلى الحال عليه وجب أن يرتد به كولو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصل في الكفالة أن الأبراء حينئذ يكون تخليق الدين من عليه الدين والتعليق يرتد بالرد ومنها أن المحيل إذا تقدم للمحتمل بيمين المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعاً في نفسه المالك كالأجنبي والأجنبي إذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح إبراءه بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقبل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والغائده تظهر في الراهن اذا أحال المرء بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كولو أبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كولو أجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح (٣٤٨) لبقاء الدين في ذمة اذا التحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على

اذ كل واحد منهما جماعة قد توثق

فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلو بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك فذهب ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد به كبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين إلى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد به كولو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التعليق ومنها أن المحيل إذا تقدم للمحتمل ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلما انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعاً بماله المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها أن المحتال اذا وكل المحيل بقبض ماله الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبياً عنه وتوكيل الأجنبي بقبض الدين صحيح ومنها أن المحتال اذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل إلا أن لم يكن للمحيل عليه دين والا لتقيا قصاصاً ولو كان الدين يتحول إلى ذمة كان الأبراء أو الهبة في حقه سواء فلا يرجع والمطلوب ان المذهب ينتقل الدين استدلو بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح إبراءه وهبته ولو في الدين في ذمة صرح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين أحدهما ان الراهن اذا أحال المرء بالدين فله ان يسترد الرهن فعند أبي يوسف كولو أبرأه عنه وعند محمد لا يسترده كولو أجل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه يرى بالحوالة وعند محمد يصح ويرى المحيل لأن أصل الدين بان في ذمة وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاماً متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجداً وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الأحكام إبراءاً وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ فيجب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبثقة عن النقل وقد أضيف إلى الدين واعتبار المعنى فيجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحتال عليه فليس يعود

اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والمطالبة والدين أم عن المطالبة دون الدين * وانما اختاروا ذلك محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين أما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رحمه الله المطلوب أحال طالباً على غيره مقيداً بماله عليه يرى المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتال عليه أو أبرأه لا يصح بالاجماع ذكره في الجامع وذكره أيضاً في مختلفه بين المتأخرين وذكر في المبسوط عند أبي يوسف رحمه الله لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها أحال الكفيل الطالب على آخر يرى هو

وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكره لان انتقال الدين بالمطالبة يستلزم وجود المذموم باللازم وهو ممنوع فاكتمى بذكر الدين عن المطالبة لا استلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ من الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما معتقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف إلى ما ذكر من المشتري بل إلى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بفهم خلاف مفهوم الآخر فافان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة للغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فلفظ وهو يقتضي إنشاء ما يضم إليه والأصل موافقة الأحكام الشرعية للمعاني لاغير يتواءم بالحوالة بغير أمر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض إجمالي والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فانها بعد أداء الدين تظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء

فانها لا انتقال الدين بالمطالبة) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتهاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بالذمة للدين نفسه بل بانتقاله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فانها الرجوع على تقدير التوى فليست أملاً فان الكلام لا يبعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما معتقد توثق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعين كافي الكفالة فيها كما تقدم

ولنا ان الحوالة للنقل لغية ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فلا ضم
والاحكام الشرعية على وفق المعاني اللغوية والتوثيق باختار الاملا والاحسن في القضاء وانما يجبر على
القبول اذا نقده المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

(قوله والتوثيق باختيار
الاملا) جواب لفرق بره
سلمتان كل واحد منهما
عقد توثيق لكن براءة
المحيل لانه لا ينفك عن التوثيق
يتحقق معها باختيار الاملا
أي الاقصد على الابقاء
لبسطة سعة ذات اليد
والاحسن قضاء بان يوفيه
بالاجود بلا ممانعة وهو
في الحقيقة تنزل في الجواب
بالقول بالموجب وقوله
(وانما يجبر على القبول)
جواب نقض برده على قوله
والاحكام الشرعية على
وفق المعاني اللغوية
وتقر به لو صح ذلك لانتقل
الدين من المحيل وصار اجنبيا
منه فاذا نقده كان الواجب
أن لا يجبر المحيل على القبول
أي لا ينزل مسئلة القابض
اذا ارتفعت الموانع بين المحيل
والمستوفد لكون المحيل اذ
دال متبرعا كاجنبي واداء
الاجنبي المتبرع لا يجبر
الطالب على القبول وتقر به
الجواب لان سلم أن المحيل
متبرعا في النقذ وانما يكون
متبرعا كاجنبي ان لو لم
يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوى وهو يحتمل فلا
يكون متبرعا

الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج
الى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في خلافة زفره هذه اذا عرف
المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفره الاعتبار بالكفالة بجماع ان كلامهم - ما عقد توثيق ولم ينتقل فهداين
ولامطالبة بل تحقق فيها - ترا في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في معنى التوثيق اذ يصير له مكنتان
وطالب كلامهم ما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغية ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا
انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فلا ضم) لغية لانهم ان الكفيل وهو الضم فوجب فيها اعتبار اضم الذمة
الى الذمة (لان الاحكام) يعني العقود (الشرعية) المسماة باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة
اختصاصها باسماء (قوله عقد توثيق) والتوثيق أن يطالب كلامهم - ما قلنا بل التوثيق لم يخصص في ذلك بل
يصدق باختيار الاملا واليسرى القضاء فيكتفي به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف
على خصوص ما ذكر من التوثيق وهذا الدليل ينقض على زفره قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما
الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبني عن النقل فيعتبر فيها ذلك
قالوا - سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر ان تحقيق
التوثيق يحصل باختيار الاملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثيق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من
قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا نقده المحتال الدين المحال
به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من
ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بانه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا ضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود
الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا نحو فاقد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دفع عن نفسه المطالبة على
تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل تلك الطائفة وقد نقض من قبل
زفر وجود الحوالة ولا نقل أصلا بما ذابعت بغير اذن المحيل وأجيب بان معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال
عليه حتى لا يبقى اذ ذل على المحيل شئ الا أنه قد يقال لو صح هذا الصرح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه

والاصل ومنها وكل وجلا يقبض الدين فاحال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة أما
من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رحمه الله المحتال أبرأ المحتال عليه عن
الدين فالمحتال عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتال وهب الدين من المحتال عليه فالمحتال يرجع به على
المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط الدين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب
في الكفيل ومنها المحتال أبرأ المحتال عليه لا يرتد بده ولو وهب الدين منه يرتد بده وجعل الجواب فيه
كالجواب في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين أجبر المحتال على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل
لا يصلح وكذا عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه علم أن الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار
الحاصل أن الحوالة نقل سوري حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه وتأجيل
معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل
في البعض لكون عملهما (قوله وانما يجبر على القبول اذا نقده المحيل) جواب سؤال وهو أن يقال لو انتقل
الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه لما أجبر على القبول اذا نقده المحيل كولو تبرع انسان بقضاء دينه لانه
يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل هو متبرع حال أداء الدين اذ لا دين عليه في
الحال قطعاً وما ذكرتموه هو قلنا المتبرع من قصد الاحسان الى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل الآن يتوى حقه الخ) عاف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ الآن يتوى حقه على ما يأتى من معنى التوى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود لاسبب جديد كفى الاراء وما يد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على (٣٥٠) رضى الله عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الآن يتوى حقه) وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود لاسبب جديد وإنما انما مقدمة سلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باءا المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكتابة وليس هذا نقله بل نقله نحوه من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل انما هو فى حقيقة ثبوتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسهوه جماله وحكمها شارحك الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدين فلم تمكن حوالة والاستعقب تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الآن يتوى حقه) وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى) بؤت أو افلاس أو غيره وهو قول أجد واليث وأنى عبيد وعن أجد اذا كان المحال عليه مفاسدا لم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الآن رضى بعدا لعلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب فى المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كالدلس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود لاسبب جديد) ولا سبب فلا يعود يؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أ بعدك الله فنخر جوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هى مقدمة معنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو المقصود من شرع الحوالة ليس بمجرد الوجب على الثانى لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت فى احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثانى على الوجه الاحسن واللم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول والعقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالمصالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود

نفسه أصلا وهو هذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة والمحس حال اعساره فلا يكون متبرعا (قوله لان البراءة حصلت مطلقة) أى عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة للنقل والمنتقل من الاوصاف لا يعود ولاننا انما مقيدة أى ان البراءة مقيدة بسلامة حقه بل معنى ان الحوالة التى تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هى مقيدة بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح للتقييد كما اذا قامت المرأة للمرأة للزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف الى هذه الخرجة التى قصدت فى الحال حتى لو عدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق (قوله اذ هو المقصود) أى وصول حق المحتال اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة لانه عقد توثيق فيبقى بحالة ابرام العقد واحكامه لا يابطاله فصار كوصف السلامة فى المبيع بأن اشترى شيئا فوجده معيبا يرجع بنقصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لسان وصف السلامة مستحق للمشتري فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذى انتقل اليه يعود حقه

فقال أ بعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطابقة لفظا ومطابقة لثانى متنوع والاول مسلم لك لا يفيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فتقول انهم حصلت مقدمة بسلامة حقه له وان كانت مطابقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثانى لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف فى الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايقاع فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لانه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة فى حق المال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو

لفوائه

عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفوائه أى لفوائ

المقصود وهو السلامة لانه قاب للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كما انشترى اذا وجد المبيع معيبا واخترده فانه ينفسخ المبيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك فى العقد لما مر اشارة الى عبارة آخر بن منسهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فانفسخ رحمه الله جمع بين طريقى المشايخ رحمه الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع (قوله كان له على رضى الله تعالى عنه الخ) أقول ليس فى حديث على كرم الله وجهه ما ينافى ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفاسدا

فيهما بعينين مختلفين و يؤيد ما ذهبنا اليه ماروي عن عثمان رضى الله عنه أنه قال اذا توى المال على الخال عليه عا د الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف لخل محل الاجماع وعروض بان الحال الوقت الحواله تخير بين أن يقبل الحواله فينتقل حقه الى ذمة المحيل عليه وبين أن يأبأها بقاء لحقه في ذمة المحيل وكل تخير بين شيئين اذا اختار (٣٥١) أحدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر

كالغروب عنه اذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالولى اذا علق عبده المدين فاختار الغرماء استعباد العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه أما أن يريد شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الأصل لان اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوثق فاضافة انواع الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة وجه الله أحد الأمرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين اما أن يجسد الحال عليه الحواله فيخلف ولا يئنه للحمال ولا للمحيل على الحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته وما أن يموت مقلسا

لحقه لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة وجه الله أحد الأمرين اما أن يجسد الحواله ويخلف ولا يئنه عليه أو يموت مقلسا)

الدين لان البراءة ما ثبتت معاملة قبل يعرض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ماروي عن عثمان رضى الله عنه مرفوعا وموقوف في المحتمل عليه اذا مات مقلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتمل عليه عا د الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذ كر محمد في الاصل عن شريح على ذلك وهذا ان الحد يثنان متعارضان فان كانا صحيحين أولم يثبتا فقد تنكفا وهذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحواله أى يفسخها المحتمل ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود وفي الجود يفسخ ويعاد وفي طريفة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مقلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كلما ظهر لاحدهما مال أخذته كافي الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مقلسين لم يطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحواله يجعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لآدى الى الافتراق عن دين بدن ولانه تجوز الحواله برأس مال السلم والصرف ولولاه كالمقبوض لم تجز الحواله واذا مات المحيل مقلسا لا يكون المحال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والاجاز للمعه ل أن يشتري شيأ من غير المحتمل عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتمل عليه وقولهم لم يمس كالمقبوض صادر بنا بدنه انما يلزم لو كان المقصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لان لاه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا حال به سحافوا فترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحواله قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وما كون المحال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا دل له سوى ما على المحتمل عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحتمل آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالخصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحواله ملكا للمحال لان تعليق الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن يتعلق به حق المحال وهذا لا يصير المحال أنخص به ما لم تثبت البسبب دليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة وجه الله بكل من أمرين اما أن يجسد الحواله ويخلف ولا يئنه عليه) للمعتل ولا للمحيل فقوله (له) يعنى كلام المحيل والمحال (أو يموت مقلسا) لال مال له معينا ولا

الى المحل الذى انتقل عنه كالأشترى بالدين شيأ وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين كما كان فكذا هنا والجامع انما سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراعى باعلى فسخ الحواله انفسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ (قوله ولا يئنه عليه أو يموت مقلسا) ذكر الامام القمى ثانيا وجه الله أو يجسد المحتمل عليه الحواله ولا يئنه للمحيل ولا للمعتل أو يموت ولم يترك ما لا ولا يئنه ولا كفيلا ولو لمات المحتمل عليه فقال المحتمل مات مقلسا وقال المحيل بخلافه في الشافى القول للمعتل مع المبيع على العام التمسكه بالأصل وهو العسر ولانه بالحواله لم يدخل في ملك المحتمل عليه مال ولو كان حيا فزعم انه مقلس فاقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه

كلا يخفى قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بان اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا النقص برناظر الى الكلام الاول فالوجه جمع بين طريق المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيها بعينين مختلفتين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما ما في الاول فلماذا كررنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتمل الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة اسقاط فلما اعتذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالهذان ووجه ثالث (٣٥٢) وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن الافلاس

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقال هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لما قاله لان مال الله غادر وانح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامر الله لا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لابن أحملي يدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولغظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عينه

دينا ولا تكفي عن يدين عندنا وعندهما من دين ووجه آخر وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه وهذا بناء على أن تقاضى القاضي يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحديث مال له فلا يعود بتقاضي القاضي على المحيل والتوى التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو نونا ولو قال المحتال مات مغلوسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافى والمبسوط القول للطالب مع اليقين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حياً فزعم انه مغلوس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحى القول للمحيل مع اليقين لانكاره عود الدين (قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بامر الله ولان المحيل يدعي ديناً عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورته قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهى المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هى حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجه والعقب (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني يدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافى في وجه وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر انما قاله المحيل فوكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أجدو قول المصنف (ولغظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عينه) جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة

مغلوس فالقول قوله مع عينه على علمه وفي شرح الناصحى القول للمحيل مع اليقين على العلم لانكاره عود الدين (قوله) وهذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لما يقال أفلس بعد ان كان ذاد درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما يقولان اعتبر بالقضاء بالافلاس في اخر ارجعه من السجن فكذا في حق غيره وأبو حنيفة توجهه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غادر وانح فقد يصح الرجل فقيراً ومضى غنياً ارجعاً أو ذهب رواحاً أى بعد الزوال والمعنى جاء وذهب أو عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوى لا لتعذر الاستيفاء ألا ترى انه لو تعذر استيفاءه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشئ ولا تصور للتوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكماً بخروج محله من أن يكون محلاً لالالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مغلوس لان الذمة خرجت من أن تكون محلاً لالالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكماً (قوله) ولغظة الحوالة مستعملة في الوكالة (جواب سؤال مقدر وهو

بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافاً لما قاله التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصارت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجز يتوهم ارتفاعه بحديث المال لان مال الله غادر وانح وقد تقدم معناه في الكفاة فلم يكن كالموت ولومات المحال عليه فقال المحتال مات مغلوسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافى أن القول قول الطالب مع عينه على علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذافلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) اذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيها قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامر الله قد تحقق باقراره الا أنه يدعي عليه دينا وهو

ينكر والقول قول المنكر والبيئة للمحيل فان أقامها بطل حق المحتال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز أن تكون الحوالة قال اقراراً منه بالدين عليه أجاب بقوله لانها قد تكون بدونه أى الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفاً كما كانه ومنه لا يكون التوبة بالدين تقييداً بالاداء ليس (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني يدين لي عليك فالقول قول المحيل) فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلاد بل أجاب بقوله ولغظة الحوالة ومعناه

أن دعواه تلك دعوى ماهو من محلات لفظه وهو الوكالة فان لفظ المحل يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع من لفظه لا ظاهر قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يعيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في الحال عليه بالوديعة أو القرض والثاني أن يعيدها بالدين الذي له على الحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها رسالاً لا يعيدها بدين له على الحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه أوفى يده أو أن يحبس على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة وموجلة فالحالة هي أن يحبس المدينون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على الحال عليه كذلك لانها تحوّل الدين من الاصل فيتحول (٣٥٣) على الصفة التي على الاصل والغرض

انها كانت على الاصل حالة فكذلك على الحال عليه وليس

للمحال عليه أن يرجع على الاصل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الاصل مؤجلاً فيجوز مؤجلاً على الحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على الحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحديث لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلا ن

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلك بئى) لتعديها به فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب

متواطئ فيها والافاد عاؤه مجازاً متعارفاً يخص قوله ما فان الحقيقة عند أي حنيعة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكاف شمس الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فجعلها على ما اذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه به هذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكبلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما باعت له لنفسه فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجوز كون لفظ أحلتك بألف براديه ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع به من جهة اللفظ أو دلالة مثله على أوفى ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتاً بين فلان يلزم فيه ضرر وشغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزمت في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزمت على الألف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء) ليسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلك بئى) المحال عليه وهو المودع (لتعديها بها) أي لتعدي الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على العاصم رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب

أن يقال اذا أحاله فقد أقر بالدين لان الحوالة نقل للدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رحمه الله اذا صار مال المضارب بقدره على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له أحل رب المال على الغرماء أي وكل ونستعمل في نقل الدين فلم يكن حجة للمحتمل على أن المحيل صار مضمناً بالدين بل لما كان محتملاً كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الأئمة السر حتى وجه الله وتحمّل المسئلة معنى آخر وهو أن المحتال اذا استوفى الألف وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه بهذا الألف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكبلا في بيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما باعت له لنفسه فالقول قول المحيل حينئذ لان أصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملاً لغيره والنعم انما وجب بالبيع في المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبه له في الظاهر فلذلك كان القول قوله (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها آخر عليه فهو جائز) الاصل أن الحوالة نوعان مقيدة بدين

(٢٥) - (فتح القدير والكفاية) - سادس) تكون جائزة بالعين أجدر فان هلك الوديعة بئى المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتعديها بها أي لتعدي الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيعلق به ما يطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما ينبغي في كتاب المضاربة أحد بمعنى وكل فرأى جملة قال العلامة الكاكي قبل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمل المجاز لا يخرج عن اراده الحقيقة فاجب هذا مجازاً متعارفاً فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عنه كان محتملاً فلا يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شيئاً (قوله والمطلقة التي قوله على نوعين حالة وموجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خسرته

معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوباً بعند المال عليه وقيد الحوالة ببيان لجوازها بالعين المغصوبة وانما اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلكت وجب على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمة ان كان قيمياً فكان القوات به لا توفى الى خلف وذلك كقوات فكان باقاً وحكم وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدين الطالب بدينه على مدونه بالالف على أن يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانه جائز وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجلة وهي الحوالة (٣٥٤) المقيدة بالعين ودبعة كانت أو غصبا بالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المال عليه بذلك

لان القوات الى خلف كقوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجلة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه يتعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعدموت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة فيأخذ منه بطلت الحوالة وهي حق المحتال

المحال عليه لا يبرأ (لان له خلفاً) والقوات الى خلف كقوات) فثبت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة بعين مضمونة ودين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجلة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها (تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما يتعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحيل به أو العين وليس كذلك بدينه المصنف فقال (وان كان أي المحتال (أسوة الغرماء) فيه) بعدموت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر العين (فيأخذ منه بطلت الحوالة) الواقع (انما حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديناً أو عيناً والفرق ما قدمناه أنه وان كان حق المحتال متعلقاً بالعين المخصوصة والدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يدوم ملك والمرتهن له يدنا بتمتع مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقدير الحوالة بذلك المقسم وهذا من أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحال عليه صح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه ولو ذهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فذلك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كالمالك بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذلك اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاستقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما يخرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه أو بعين في يده بخصب أو ودبعة أو غير ذلك ومطالبة بان يرسل الحوالة ارسالاً ولا يقيد بها بدين أو عين أو يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة وموجلة (قوله وحكم المقيدة في هذه الجلة) أي حكم الحوالة المقيدة في جلة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين ولعين امانان كانت ودبعة أو غصبا أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه يتعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان الراهن يعد ما رهن لا يبقى له حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال لا يكون أخص بذلك

العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعده لانه يتعلق به حق المحتال فانه انما رضى بتفصيل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل عليه أو يبدله فتعلق به حق استيفائه وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من أخذها ولو دفعها المودع أو غديره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما انتفى عن عدم بقاء حكم الاخذ للمحيل والراهن وهو أن الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين الذي ليسد المحال عليه أو الدين الذي عليه فالمحال اسوة الغرماء بعدموته بخلافه لفرجه الله وهو القياس

لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار أجنبياً من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذ في حال حياته بخلاف فكذا بعد وفاته ولان المحال كان أسبق لتعلقه بهذا المال لتعلقه في حخته وحق الغرماء لم يتعلق في حخته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي يسد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصير مملوكاً للمحال بعقد الحوالة لا يداو وهو ظاهر ولا رتبة لان الحوالة ما وضعت للتأمين وانما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء وأما المرتهن فانه ملك المرهون يداو وحسبنا ثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفاً

(قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله بغيره مبتدأ وقوله ببيان لجوازها خبره

وقوله بخلاف المطلقة لبيان
الحالة المطلقة وانها لا تبطل
بأخذ الحمل ماله عند
المحال عليه من العين أو عليه
من الدين لان الضمير للشان
لاتعلق لحق المحال به أى
بما عند المحال عليه أو عليه
بل يتعلق بحقه بذمة المحال
عليه وفى الذمة سعة فاخذ
ماله عنده أو عليه لا يبطل
الحالة وعلى هذا ليس
للمودع والغاصب أن يؤدى
دين المحال من الوديعة
والغصب وللحميل أن
ياخذهما مع بقائه للحالة
كما كانت قال (وتكره
السفاح الخ) السفاح
جمع سفحة بضم السين
وفتح التاء فارسي معرب
أصله سفته يقال للشي
المحك وسمى هذا القرض
به لاحكام أمره وصورتها
أن يدفع الى تاجر مالا قرضا
لبدفعه الى صديقه وقيل هو
أن يقرض انسانا مالا
ليقتضيه المستقرض فى
بلد يريد المقرض وانما
يدفعه على سبيل القرض
لاعلى سبيل الامانة ليستفيد
به سقوط خطر الطريق
وهو نوع نفع استفيد
بالقرض وقد نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن
قرض حزنفا وقيل هذا اذا
كانت المنفعة مشروطة
وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك

بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحولة باخذ ما عليه أو عنده قال (ويكره السفاح وهى
قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه

على المحتمل عليه بلا شغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا تعلق بالحمل معاملة المحتمل
عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحولة قسمان مقيدة كاذكرنا ومطلقة وهى أن يقول المحمل
للبالغ أحتلتك بالالف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤدب من المال الذى لى عليه فاذا أأحال كذا لثوله عند
ذلك الرجل وديعة أو موصو به أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أى الشان (لاتعلق لحق المحتمل به) أى
بذلك العين أو الدين لوقوعها معاملة عنه (بل بذمة المحتمل عليه) وفى الذمة سعة فباخذ منه أو عينه من المحتمل
عليه لا تبطل الحولة (وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحمل
على رجل ليس له عنده ولا عليه ثنى وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحمل الطالب بالف وهى على
المحمل حالة فتكون على المحتمل عليه حالة لان الحولة انحصر بل الدين فيتحول بالصيغة التى هى على الاصيل وليس
للمحتمل عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدى ولكن له اذ ألزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة
المؤجلة له على رجل ألف الى سنة فاحا الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصص الحولة مبهمة
لم يذكره محمد وقالوا ينبغي أن تثبت مؤجلة كفى الكفالة لانه يحمل ماعلى الاصيل باى صفة كان فلو مات
المحمل لم يحمل المال على المحتمل عليه لان حلول الاجل فى حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأى ذلك فى
حق المحال عليه لانه حتى يحتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل
يرضى عن الدين فى أحكام الدين والتحقق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والحمل على حل المال على
المحتمل عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك فاء رجوع الطالب على المحمل الى أجله لان
الاجل سقط حكما للحولة وقد انتقضت الحولة بموت المحتمل عليه فلساقتضى ما فى ضمنها وهو سقوط
الاجل كالباع المدون بدين مؤجل عبد من الطالب ثم استحق العبد اداء الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم
البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاح) جمع سفحة بضم السين وفتح التاء وهو تعريض بصفته
وهو الشئ المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع فى بلدة الى مسافر قرضا لبدفعه الى
صديقه أو وكيله مثلا فى بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض حز
نفعا رواه الخبر بن أبى أسامة فى مسنده عن حفص بن حزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عبارة الهمداني
قال سمعت عليا رضى الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض حزنفا فهو ربا وهو مضعف
بسوار بن مصعب قال عبد الحق مبرولة وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم فى جزئه المعرف عن سوار أيضا
وأخرج ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفحات حرام وأعله
بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفة البخارى والنسائى وابن معين وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات وأحسن

العين أو الدين الذى قيدت حوالته به عند موت المحمل من سائر الغرماء بل هو أسوة لهم والمرنن يكون أخص
بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن (قوله بخلاف المطلقة) وهى أن يقول المديون لرب الدين أحتلتك
بالالف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤدب من المال الذى لى عليه أو العين الذى عنده من غصب أو
وديعة لانه لاتعلق لحقه أى لحق المحتمل به أى بذلك الدين الذى للمحمل على المحتمل عليه أو بذلك العين الذى
عنده (قوله بل بذمته) أى بذمة المحتمل عليه وفى الذمة سعة فلا تبطل الحولة باخذ ما عليه أى من الدين أو
عنده من الغصب والوديعة (قوله وتكره السفاح) السفحة تعريض بصفته وسفته شئ محكم وسمى هذا القرض
به لاحكام أمره وفى المغرب السفحة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاح وهو صورته أن يدفع الى تاجر مالا
قرضا لبدفعه الى صديقه وانما يدفع على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق
وقيل هى أن يقرض انسانا ليقضيه المستقرض فى بلد يريد المقرض لبدفعه الى صديقه وسقوط خطر الطريق فان لم

وسلم عن قرض جرنه

(كتاب أدب القاضي)

ما هنا من الصعابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جرنه وفي الفتاوى الصغرى وغيرها أن كان السفيج مشر وطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشر وطا جاز وصورة الشرط ما في الوقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا قال أكتب لي سفيجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا تفر فيه وفي كفاية البيهقي سفيج التجار مكرهة ثم قال الآن يقرض مطاقا ثم يكتب السفيجة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن أقرضه أنه لو قضاها بأحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشر وطا قالوا نعم لا يحمل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا الذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يعد في ظل جدار غربه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشر وطا ولا متعارفا وإنما أورد القدر في هذه المسئلة هنا لأنها معاملة في الدينون كالكفالة والحالة والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

لما كان أكثر المنازعات في الدين والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبتها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضي محتاج إليها فإفادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الجيدة أدبا لأنها تدعو إلى الخير والادب في الأصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك يقال منه أدب يزيد أدبا وبوزن ضرب يضرب ضربا إذا دعاك إلى طعامه فهو آداب والمادة الطعام المصنوع المدعو إليه ومنه قول طرفة بن العبد يدع قوم بني بكر بن وائل ورتوا السؤدد عن آباءهم * ثم سادوا سؤدا غير زمي نحن في المشتاة ندعو الجفلى * لا ترى الآداب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود أن هذا القرآن مادة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه أيضا مادة الله فتعلموا من مادته بفتح الدال أي تاديبه وكان الأجر يجعلها الغنم قال أبو عبيد لم أسمع أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل المعان كلها ترجع إلى الختم والغرام من الأمر يعني بالكفاة وفي الشرع براديه الإلزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا تمتنع الكل أنموذ إذا كان السلطان لا يفضل بنفسه فإن فعل لم يأثموا كما في البرازية والسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بالإلزام المانع منها ولا يكون ذلك إلا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقيله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذوا قال له لم تعضى فقال بكتاب الله قال فإن لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

تسكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحولة لأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك أوردته في آخر باب الحولة والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

القضاء عبارة عن الأحكام لغة قال * وعليها مسرودان قضاهما * وعن الإلزام شرعية وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله والسنة فإنه عليه السلام قضى وولى عليا ومعازدا والأجاع والمعتول ففي القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات والأرض ودفع الظلم من الجاهل وهو مما يدعو إليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والمهول وانتهى عن المنكر والأمر بالمعروف ولا جله بعث الرسل والأنبياء وكان عليه الخلق والعلماء

ثم قيل إنما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لأنها معاملة في الدينون كالكفالة والحالة فانتم أمعاهة أيضا في الدينون والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاصب النهاية

(كتاب أدب القاضي)

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي القاضي بتأخير

الحكم آثم وعزل وعزر انتهى قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع

القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يرددهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما

أن يصطلحا الحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال ردوا

الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث

بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى الارحام ولا ينبغي له

أن يرددهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرارا

لصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يرددهم فهو في

سعة من ذلك وليس بواجب عليه ودهم وإنما الواجب عليه ما قلده من العمل وهو

القضاء بالحق وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات يقع في المبيعات والديون وغيرها مما يطعمها وهو قضاء القاضى والقاضى يحتاج الى خصال جيدة يصلح بها القضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب امر يقع على كل رياضة محمود لذلك يتخرج بها الانسان في فضله من الفضائل فله أوز يدور وأن يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عيبا يشبهه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلى الله عليه وسلم أجبرين قال الله تعالى انما نزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقالوا أن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم قال (ولا تصع ولاية القاضى الخ) ثم لا تصع ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولى بلفظ اسم الفاعل اشارة الى أن القاضى ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه (٣٥٧) التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد

والحرية والعقل والبلوغ ويكون أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد

قال (ولا تصع ولاية القاضى - حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الاول فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء وما ساق أهل القضاء حتى لو قلنا يصح الا

عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد برأى فاقروا عليه اجماع المسلمين (قوله لا تصع ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا اللفظ القدورى وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه ألقى عليه الفعل من غير مله منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة يستقي من أمر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا في قذف والبيكال فيه أن يكون عدلا غير غاملا بالسنة وطريق من كان قبله من القضاء (فرع) قلد بعد فتوى جاز أن يقضى بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كل ما يحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة لو قلد قضاء مصر أصبى فادرك ليس له أن يقضى بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلامهما له ولاية به مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر إذا أدركت فصل بالناس أو أقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية بقا معلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تخير واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولا يشترط أن يكون الاتفاق على ول عظيم بصير سلطانا وتقليد القضاء من نفسه غير انه بعد نفسه تبع لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالى العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتعفى المرافة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثرا لا على انه لا تصح ولا يشترط كالتأخي وغيره كالأقبل شهادته وعن علمنا الثلاثة في النواذر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما معذور في عصرنا خلوا العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى

(قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول ما ذكره يقتضى ارادة عقيب كتاب الدعوى وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذى قبله على ما هو أدبهم (قوله قال الله تعالى انما نزلنا التوراة الخ) أقول ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف (حتى يجتمع في المولى) أقول قال في الكفاية المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير أياه بدون طلبه وهو الاول للقاضى

(قوله حتى يجتمع في المولى) على لفظ اسم المفعول ليسكون فيه دلالة على تولية غيره أياه بدون طلبه وهو الاول للقاضى على ما يجب ان شاء الله تعالى (قوله فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة) أى يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفذ القول على الغير شاء الغير وأبى فالشهادة

على ما يجب ان شاء الله تعالى انتهى وفي وجه الدلالة فوج خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا يطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة الفعل فاما للتكليف الذى يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذى تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى (قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يندفع عا في النهاية من اعتبار الاشهرية فان في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أى مرجعها الى أصل واحد وهو أن يكون القاضى حرا مسلما بالغاملا عدلا كما في الشهادة لأن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة هذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكما الشئ لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون

الشهادة لان ولاية القضاء كانت أهم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى بأشراطها ورعا التوج المصنف بقوله فيستقي
استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قل
جاز الا أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء
على أن العدة ليست من شرائط الشهادة فنار الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في
غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكدها وهي معروفة أو غير هام مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذ لم يشترط العزل عند
التقليد بتعاطي المحرم ويستحق (٣٥٨) العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذا أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره مالم يعزل واليه

أشار الامام البرزوي وقوله
وهذا اشارة الى أن استحقاق
العزل دون العزل وهو
ظاهر المذهب وروى عن
الكرخي أنه ينعزل بالفسق
وهو اختيار الطحاوي
وعلى الرازي صاحب أبي
يوسف ويجوز أن يكون
أشارة الى ذلك والى ما تقدم
من جواز تقليد الفاسق
القضاء فان اختيار الطحاوي
أن الفاسق اذا قلد القضاء
لا يصير قاضيا
أهلية الشهادة أصلا
لاهلية القضاء به سدا لان
الشهادة توجد بدون وصف
القضاء ولا يوجد وصف
القضاء بدون وصف الشهادة
فكانت ولاية القضاء فرع
الشهادة من هذا الوجه
فيصح هذا الكلام انتهى
(قوله لان ولاية القضاء
الح) أقول هذا الدليل
لا يثبت الكبرى السكينة
(قوله أو أكمل من ولاية
الشهادة) أقول اذ به يقطع
النزاع (قوله أو مرتبة عليها
كانت أولى الخ) أقول في
ثبوت الاولوية في صورة
الترتيب بحث كما لا يخفى
لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بما يكون شرط الشهادة بشرطها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط وقال
لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدة ليست من شرائط الشهادة بل على
عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدة الظاهرة المعروفة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني
لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذا أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى في نفسه والقضاء عمل لله فلا
يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي
حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة

أشار الامام البرزوي وقوله
وهذا اشارة الى أن استحقاق
العزل دون العزل وهو
ظاهر المذهب وروى عن
الكرخي أنه ينعزل بالفسق
وهو اختيار الطحاوي
وعلى الرازي صاحب أبي
يوسف ويجوز أن يكون
أشارة الى ذلك والى ما تقدم
من جواز تقليد الفاسق
القضاء فان اختيار الطحاوي
أن الفاسق اذا قلد القضاء
لا يصير قاضيا

أهلية الشهادة أصلا
لاهلية القضاء به سدا لان
الشهادة توجد بدون وصف
القضاء ولا يوجد وصف
القضاء بدون وصف الشهادة
فكانت ولاية القضاء فرع
الشهادة من هذا الوجه
فيصح هذا الكلام انتهى
(قوله لان ولاية القضاء
الح) أقول هذا الدليل
لا يثبت الكبرى السكينة
(قوله أو أكمل من ولاية
الشهادة) أقول اذ به يقطع
النزاع (قوله أو مرتبة عليها
كانت أولى الخ) أقول في
ثبوت الاولوية في صورة
الترتيب بحث كما لا يخفى

لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بما يكون شرط الشهادة بشرطها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط وقال
لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدة ليست من شرائط الشهادة بل على
عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدة الظاهرة المعروفة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني
لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذا أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى في نفسه والقضاء عمل لله فلا
يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي
حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة

والاول اظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كالا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فان الإجماع من الإجماع فاذ فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده وهو عدل ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد عدالة الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفاخ ما عترض بان قول الفقهاء البقاء سهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع فسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمة هذا الفن ينبنى عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونه وجواز الشروع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان ملحقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد يغفر أميركم وان قتل جعفر يغفر أميركم والله بن رواحة أميركم وكذلك تعليق (٣٥٩) عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة ثم

شرح أدب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفاخه والفرق بين القضاء والامارة والامارة في أن الامام أو الأمير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبسوبة الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء قد غلب وجار وأجازوا أحكاما بالصواب تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه وأما مبسوبة القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة (والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطأ فلا يترك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كالا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلده وهو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالة الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذارا للنسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول يقضي ثم يرتضى وفيه لو أخذ انزوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين أخذ انزوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجرة الكتاب مع المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعة كالذي قلده احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعة الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر وأرسل للنفق وهو حرام على إلا نخذ لا الدافع وحيلة حلها للادخلة أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر القلاني وفي الاقضية قسم الهدية وتجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالا هدايا للتودد وحرام من الجانبين كالا هدايا ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على إلا أخذ وهو أن يهدي ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا أنه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشاينا على أنه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على إلا نخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال ليعمل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانتة للدين (وقيل يستفتي لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسب به فقهاء عصره الى الخطأ وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرط للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بقضوي غيره (خلافا للشافعي ومالك وأحمد وقوله رواية عن علمائنا من محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن لها ألا ترى انه بنى عليها) قوله ولو قلده وهو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالة الله) فينتفي التقليد

الندوي يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سبيل لا يصح ونذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) قال الخصاص القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقها أخذ بقوله (قوله فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماها جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسباق الكلام وهو (قوله خلافا للشافعي) فانه علل له الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر (قوله والاول اظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لخفاء دلالة ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء سهل (قوله وامتناع الخ) أقول يعني امتناع النكاح لاشهود (قوله وجواز الشروع في الهبة الخ) أقول كما اذار جيع الواهب في البعض الشائع وأستحق البعض الشائع (قوله وأما مبسوبة القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد (قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالخبري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لامن لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء

ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو اصال الحق الى مستحقه

المختار وخلافه قول القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم فلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (بحصل به) فاشترطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الغشقة وإذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال أجهتد رأيي لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زعمه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي في توجيهه خلافا في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب لم يكن مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسه حديث علي رضي الله عنه وعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يخفى الاجتهاد وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد - مدعي يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتي والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كالمفتي حنفية على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى المحدثين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لئلا يذهب المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة لا مجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور وهكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النواذر في زماننا لا يحل عز وما فيها الى محمد والي أبي يوسف لانهم لم تشعروا في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم إذا وجد النقل عن النواذر مثلاً في كتاب مشهور ومعروف كالمهدي والمبسوط كان ذلك نوعاً لا على ذلك الكتاب فلو كان حافظاً للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف المجتهد ولا قدرته على الاجتهاد لالتزم جميع لا يقطع بقول من يفتي به بل يحكمهم المستفتي فيخار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصول ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلامه بل يكفي أن يحكي قولاً منها فان المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحدها فقد حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكي الكل فلا خذ بما يقع في قلبه انه الاصول أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم ونحوه وعلى هذا إذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولي أن يأخذ بما قيل اليه قلبه منهم او عندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يعمل اليه قلبه جاز لان ماله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد وأخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبالاجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلديها وعمل به والا فقلد أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلاً والتمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذه حقيقة تعليق التقليد أو وعده به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تنهين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولاً أو نية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتج اليه لقوله تعالى فاستلوا أهل الذكركم لا تعملون والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به والغالب أن مثل هذه الزمان منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والأخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد بحال عدالتهم فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدالته فلما فسق لم يبق التقليد لا تقاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرطان بقول السلطان لرجل إذا قدمت بلدة كذا فانت قاضياً أو

يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم (ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى تحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سبيدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد

(قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم

فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستنير على الجهل وينبغي

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا فلا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب فريضة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها

قوله أخف عليه وألا أدى ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله وينبغي للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لدنياته وعفته وقوته دون غيره وبرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذ من كان غنيا مئرا وان احتسب فهو أفضل والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كغايته وعياله عليهم قالوا كان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لغيره في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعرة وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فزق القاضي لا يقدر بشئ لأنه ليس بأجولاه لا يعمل على القضاء وانما يختار الأولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحارث بن عبد الله عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أروى لله منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعب يحسن بن قيس فانه ضعيف وضعفه العيني وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نولي من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكاتب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار جل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه ففسد عش الله ورسوله وجاعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالتمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التمصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي حكم المولى ثم جاء بكاتب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كمنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة

يقول لربل اذا ثبت مكه فانت أيرالموسم فكذلك يصح أيضا تعليق عزل القاضي بالشرط (قوله وفي حد الاجتهاد كلام) وأصح ما قيل فيه أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس (قوله وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه) أي منسوب الى علم الحديث لزادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه أيضا وليس هو بقدر علمه بالحديث أو صاحب فقه له معرفة بالحديث أي منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث أيضا وليس هو بقدر علمه بالفقه (قوله لان من الأحكام ما يبتنى عليها) أي على عادات الناس كالاستنعاغ بجوز عرفا وتبرئ به

(نعم ينبغي للمقلد أن يختار الأقدر والأولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا فلا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدول (قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا (وحاصله ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفسق بين العبارتين نبر (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب فريضة) أي طمينة جيدة خالصة من التشكيكات (قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أي أول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج (قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبره ويجوز أن يكون حالا وأن يكون صفة بل هو أولى

المذكورة ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبنى عليها الخلق لقياس كدخول الجسم وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا باس بالدخول في القضاء الخ) ولا باس بالدخول في القضاء الخ يثق بنفسه أنه اذا قولا قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضوا الله (٣٦٢) عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهي عن المنكر

قال (ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لان الصحابة رضوا الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الخيف فيه) كي لا يصير شرطاً لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه بخلاف قوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين

الحديث أكثر من معرفته بالغة وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهم ما قولان ولا شك في ذلك لانهم متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الامرين جميعاً وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفته معاني الآثار لا يتممكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويكتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عبارته ما وشارته ما ودلالتهم ما واقضائهم ما وباقي الاقسام ما خفها ومنشوخها ومناطات أحكامها وشروط القياس والمسائل المجمع عليها الثلاث يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فنأتن هذه الجلة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يسذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد أحداً (قوله ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضوا الله عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) أما ان الصحابة تقلدوا والحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم حال رواية أبي داود

القياس (قوله لانه فرض كفاية) لكونه أمراً بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً بالمات أدنى درجات فرض الكفاية للندب كما في صلاة الجنائز ونحوها قلنا نعم كذلك الآن فيه خطراً عظيماً وأما خوفه فلا يسلّم في بحره كل ساجح ولا ينجو منه كل طامع الا من ربه الله تعالى وهو عزير وجوده وعن هذا اختار كثير من السلف التعذيب بالبيع ولم يختره الا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى الى القضاء ثلاث مرات فاب حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف رحمه الله لو تقلدت لنفعت الناس ونظرت اليه أبو حنيفة رحمه الله نظر الغضب وقال رأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك قاضياً وكذا دعى بمحدره الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس واضطر فقلد (قوله كي لا يصير شرطاً) أي كي لا يصير الدخول في القضاء شرطاً لمباشرة القبيح لانه قبل القضاء لا يمكن من اجراء الظلم على غيره وأرتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما سأل القضاء فقد تمكن من ذلك اقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطاً لارتكابه (قوله وكأني ذبح بغير سكين) رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان

واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجباً فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المخطور فكان به باس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يامن على نفسه الخيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الخيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان أكثر ما يقع من الخيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا بانخذ الرشاً وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبته بكذا فان قضيتي فلان كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه فاختاروا سواء وثقوا بانفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز

(قوله من عرف أو عادة) أقول للتخفيف في التعبير (قوله وتعاطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس يابى جوازه والصحيح لعدم امكان معرفة المساواة فيه لعدم امكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق) أقول سابق من الشارح في أول فصل التنقيح أن قول من قال كلمة لا باس استعمل فيما يكون تركه أولى ليس بعجري على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة الى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرطاً لمباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشرع ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطاً لصديق نعيقة عليه فتمام

الدخول فيه الا مكره الا ترى ان ابا حنيفة ترجمه الله دعى الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير ابي حنيفة فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف لو تقلدت لانتع الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظرا مغضب وقال ارايت لو امرت ان اغير البحر سباحة ا كنت اقدر عليه وكافي بك فاضيا وكذا دعى بمحمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وجس فاضطرم تقلدوا استدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فساكنا ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر المصنف في أدب القاضي وجه تسميته القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاءه وعظمته لكن في باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كي لا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان قاضيا روى له (٣٦٣) هذا الحديث فاذا رواه وقال كيف يكون هذا ثم دعاني مجلسه

يكون هذا ثم دعاني مجلسه
بن يسوي شعره فجعل
الحلاق يحلق بعض الشعر
من تحت ذقنه اذ عطس
فأصابه الموسى وألقى رأسه
بين يديه ثم قال المصنف
(والصحيح ان الدخول فيه
رخصة طمعاني اقامة العدل)
روى الحسن عن أبي يوسف
ومحمد أنه اذا قلد من غير
مسئلة لباس به وقال (الترك
عزيمة لانه قد يخطئ ظنه)
فما اجتهد (ولا يوفق له)
اذا كان مجتهدا (ولا يعينه
عليه غيره ولا يضمن الاعانة)
ان كان غير مجتهد وقال
شمس الائمة السرخسي
في شرح أدب القاضي
للغصاف دخل في القضاء
قوم صالحون واجتنبه قوم
صالحون وترك الدخول فيه
أصلح وأسلم لدينه لانه يلتزم
أن يقضى بحق ولا يدرى
أي قدر على الوفاء به أولا وفي
ترك الدخول صيانة لنفسه
وهذا اذا كان في البلد

والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعاني اقامة العدل والترك عزيمة فلهذا لم يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه
غيره ولا يضمن الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد
واخلاء للعالم عن الفساد

عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا
علمي بالقضاء فقال ان الله سهدى قلبك ويثبت لسانك فاذا اجلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع
من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى أن تبين لك القضاء قال فيا زلت قاضيا أو ماشككت في قضاء بعد
وروا اجد واستحق بن راهويه والطحا السبي والحاكم وقال صحيح الاسناد وآخرجه ابن ماجه وفيه ضرب
صدرى وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فاشككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرک عن ابن
عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث
وصححه ثم قلده على شريحا الامام وأمانه فرض كفاية فقد قدمه غيران مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا
وعبارة لا بأس أكثر استعما الهامى المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا انه ان لم يمان على نفسه الحيف أى الجور
أو عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في خطوره حينئذ وان أم أن يصح رخصة
والترك هو العزم لانه وان أم أن الغالب هو خطا من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن
الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصر صارت فرض عين وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان
من يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على
القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى ان بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعاه من
يسوي له الحية فبينما هو يحلق له تحت الحية في حلقومه اذ عطس القاضي فالتى الموسى رأسه وقد جاء في التحذير
من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف
أعبره بالسباحة فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة كافي بك فاضيا وقول

السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخلق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في
الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاءه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة
الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كي لا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان
قاضيا روى له هذا الحديث فاذا رواه فقال كيف يكون هذا ثم دعاني مجلسه بن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر

غيره ممن يصلح للقضاء (فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقهم (واخلاء للعالم عن
الفساد) في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أموا ان كان السلطان بحيث
لا يفصل بينهم ولا فلا واما امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضییع أحكام الله تعالى

(قوله لا ترى أن ابا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو لمكرها لا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف
(والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ
يثاب وعندى الاصوب ان يقال فلهذا لم يخطئ ظنه أى ظنه قبل الدخول في القضاء بانه يقضى بالحق لعله يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامل الذى
كان غافلا وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل الى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أى

قال (و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملائكة يسدده وكل بالتحقيق أى فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه لم يمتد الى الصواب لان النفس أماره بالسوء لان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وكاهه وأعجب فحرم التوفيق و ينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو ان يحرم به واذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالا كراهه على ما لا يحبه و رضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشدين والتوفيق (قوله ثم يجوز التقليد) تفريع على مسألة القدوري يبين أنه لا فرق في جواز التقليد لاهله بين أن يكون المولى عادلا أو جازا فكذا جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع على رضي الله عنه ما في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما يقيد بقوله (في نوبته) احتراز عما يقوله لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملائكة يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد على رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جازا

أبي حنيفة كقول أبي قلابه ما وجدته القاضي الا كسابع في بحر فكم يسبح حتى يعرف وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيه فاهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن بن عمار ثلاثين يوما ونيفا وأربعين يوما لم يقلدوه وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر اني أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال النبي وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء ثلاثة ثلثان في النار و واحد في الجنة رجل عرف الحق ف قضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق ف قضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فليقي من شدة الحساب ما ينبغي أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جى به يوم القيامة مغلوله يده الى عنقه فان حكم بما نزل الله ولم يرتس في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما نزل الله وارتس في حكمه وحاف فيه شددت يساره الى يمينه ثم روى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خدعت بين ضرب عنق وبين القضاء لا خدعت ضرب عنق وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو داود رداء على القضاء فاصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال أتهنوني بالقضاء وقد جعلت على رأسه هراة من زلتها أبعدهم عدل أبيه وأما ما في البخاري سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي بحبيته أو لا مغلوله يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملائكة يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا عن أنس مرفوعا من ينبغي القضاء وسأل فيه شفعا وكل الى نفسه ومن أكره عليه سأل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث امرئ القيس بن زيد بن مسند الاول وأصح من الكل حديث البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمر لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها عن مسئلة وكنت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان من طلب الولاية توكل الى نفسه وجب أن لا يحل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية يرضى الله عنه والحق كان بيد على رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج هذا نص في جواز معاوية والمراد في خروجه لاني أفضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه

بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه (قوله و ينبغي أن لا يطلب الولاية) أى بقلبه ولا يسألها أى بلسانه (قوله وكل الى نفسه) أى فوض أمره الى نفسه ومن فوض أمره الى نفسه كان مذنوبا ولا يغير من صور لان النفس أماره بالسوء وانما كان كذلك لان من سأل القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكره فصار مجبا فلا يلهم الرشدين ويحرم التوفيق فاما ما أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشدين والتوفيق للصواب (قوله في نوبته) أى في نوبة على رضي الله عنه وانما يقيد به احتراز عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق في يد على في نوبة أبي بكر وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله عنهم وقال ولكن ما قاله باطل لا جاح الامة على محبة خلافة الخلفاء

الاذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال (ومن قلد القضاء
يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها

ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام المحاجسة واستقضى معاوية أبا
الدرداء بالشام وجهات وكان معاوية يرضى الله عنه استشاره فحين نولي بعده فاشارة اليه بفضالة بن عبيد
الانصارى فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة على التي ذكرها المصنف هي كونه رابعاً بعد عثمان وقيل
بنو بته احترازاً عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضى الله عنه وإنما كان
الحق معه في تلك النوبة لمحبة يبعثه وانعاده فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفتين وقوله
عليه الصلاة والسلام لعامة مستقلة الفئة الباغية وقد قتل أصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد أظهرت
عائشة رضى الله عنها الندم كما أخرجه ابن عسك البرقي الاستيعاب قال قالت رضى الله عنه ابن عمر يا أبا عبد
الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيرى قال رأيت رجلاً غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو لم تمنني
ما خرجت وأما المحاج فخاله معاوية في تاريخ البخاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى
على قضاء الكوفة فعزله المحاج وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استقضى المحاج أبا بردة
ابن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات المحاج بعسده بسنة أسسها وفي تاريخ
أصبهان للمحافظ أبي نعيم عبيد الله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للمحاج ثم عزله المحاج وأقام
محبوساً بواسط فلما هلك المحاج جرح جمع إلى أصفهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلمة
ابن عبد الله بن عوف أبو محمد الذي يقال له طلمة الذي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن
معاوية على المدينة وهو تابعي بروى عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضى الله عنهم وقوله (الاذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من التقليد)
حينئذ وهو ظاهر هذا اذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار
كقزطية في بلاد المغرب الآن وبنسبة وبلاد الحبشة وأقر والمسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم
أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضياً ويكون هو الذي يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم اماماً
يصلى بهم الجمعة (فرغ في العزل) للسلطان عزل القاضي بيمينه ولا يمينه ولا ينزل حتى يبلغه العزل
و ينزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي ينزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينزل بعزل
القاضي لانه نائب للسلطان وينزل القاضي بعزله نفسه اذا باخ السلطان ومالم يبلغه لا ينزل كعزل الوكيل
نفسه لا ينزل حتى يبايع الموكل وقيل لا ينزل القاضي بعزل نفسه لان قضاء صار حجة للعامة فلا يملك ابطاله
وعن أبي يوسف لا ينزل بعزل السلطان حتى ياتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا
عزل نفسه بشرط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورته اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي
هذا فانت معزول لا ينزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وانيس بشئ وينزل خلفاء
القاضي بموته ولا ينزل امراء الخليفة ولو قلدر رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينزل الاول عن أبي يوسف
لا ينزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يمثل أمر أحد فخالف ان عزل وعن
أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتم
(قوله ومن قلد القضاء يسأل) أي أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أي يطلب من القاضي المنعزل
بأنه ثم يسرد ديوانه بأنه (الخرائط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الارقاف وكتب نصب الاوصياء

الراشد ولو كان الامر على ما قاله الروافض لكان اجماع الامة على باطل ولا تجتمع الامة على باطل ولم يرو
عن علي رضى الله عنه ولا عن غيره من الامة ذلك الاجماع (قوله يسأل ديوان القاضي الذي قبله) ديوان القاضي
الخرائط التي فيها نسخ السجلات والاصكوك ونصب الاوصياء والقيم في أموال الوقف وتقدير النفقات وهذا

الروافض ان الحق مع علي
رضي الله عنه في نوبة أبي
بكر وعمر وعثمان ورضي
الله عنهم أجمعين وليس
الامر كما قالوا بل أجمع الامة
من أهل الحل والعقد على
صحته خلافة الخلفاء قبله
وموضعه باب الامة في
أصول الكلام وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه
من الحجاج وجوره مشهور
في الآثار وقوله (الاذا
كان لا يمكنه من القضاء)
استثناء من قوله يجوز التقليد
من السلطان الجائر فانه اذا
كان لا يمكنه من القضاء
(لا يحصل المقصود بالتقليد)
فلا فائدة لتقارده (بخلاف ما
اذا كان يمكنه) قال (ومن
قلد القضاء يسلم اليه ديوان
القاضي الذي كان قبله الخ)
من نولي القضاء بعد عزل آخر
تسلم ديوان القاضي الذي
كان قبله والديوان هو
الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها من المحاضر
والاصول وكتب نصب الاوصياء
وتقدير النفقات لانها أي
السجلات وغيرها إنما
وضعت في الخرائط لتكون

(قوله احترازاً عما يقوله
الروافض) أقول ويجوز
أن يكون احترازاً عن
خلافة معاوية استقلالا

حجة عند الحاجة فتجعل في يده من له ولاية القضاء والا لا تفيد دونها ما لا يتوان لم يكن الكتاب منفردا بالذكية والبيئة بحجة لانها تول البها بالتذ كبير ثم البياض أي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان أو ورقا لا يتوان أمور ثلاثة إما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الأول فان كان الأول فوجه تسام القاضي إياه ظاهر وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لماله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في صورتين اجتزاز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجب للمعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه له ولكن الصحيح فيه ما ذكر (قوله ويبحث أمينين) بيان لكيفية التسام (٢٦٦) وهوان يبعث المتول رجلين من ثقاته وهو أحوط والواحد يكفي (في قبضها بحضرة المعزول

لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يده من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لماله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تمولا ويبحث أمينين ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسأله شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كى لا يشبهه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للزام

والحاضر والصكوك وتقدر النفقات لا يتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها انما وضعت) عند القاضي (لشكون حجة) وثيقة مخروطة (عند القاضي اذا وقعت الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فتجعل عنده من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الاول الالانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقا ورقا (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضي لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضي (المولى وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذته تدينا) ليعفظه أو والناس وحاجاتهم (لا تمولا ويبحث) المولى (اثنين) أو واحد امامونا (ليقبضها بحضرة المعزول أو) (من أمينه ويسألان) أعني الأمينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة) مثل الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حيث تدعسر اشديا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك للناس ولا كتب اوقافهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بقضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضه ختم عليه خوفا من طرق التغيب وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواقعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفه والدور والحوادث بمحدودة

لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما يحتاج اليه المعنى من المعاني وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان ويبحث رجلين من ثقاته ليقبضوا بانه بحضرة القاضي المعزول أو أمينه والواحد يكفي والاثنان أحوط وبسألان القاضي الاول شيئا فشيئا فان كان فهما من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في أموال البيتاني يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشبهه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد فيشبهه عليه لولم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما بسألان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لا تحتاجه بواحد من الرعايا ليكشف لهم ما أشكل عليهم

أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كى لا يشبهه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول لم يبال يشبهه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يقدم له عهد بذلك فان تركت حجة معنة تشبهه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك (وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للزام) فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك يجتمعان على ذلك اجتزازا عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وهنا ليس (قوله والا لا تفيد) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها

قال

(قوله لانها تول البها بالتذ كبير) أقول لم يذكر البيئة لان الحجة عند قيام البيئة هي البيئة

لا الكتاب الشرعي بخلاف صورة التذ كبير فانه لما كان سببا للتذ كبير الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة تول البها نوع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذ كراغما تكون بالنسبة الى القاضي الذي وضعها فيها وقعت الحادثة بين يديه فلافائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو انتم صر على قوله لانه ملكه لا تنظم صورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبها على طريق تملكه اذ ربما يخفى على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أي في الثاني وقوله أو وهبه له أي في الاول قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينه فالسؤال ههنا مضاف الى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال يعني الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال يعني الاستعلام أي يستعطيان القاضي المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثملا

كذلك وأجيب بأن المغرور الثاني محذوف وتقدره ويسلان المعزول عن أحوال السجلات وغيره أو قوله شيا فشيء منصوب بغامل مضمر يدل عليه قوله ويسلانه أي يسلان شيا فشيء منصوب ليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل الحال بمعنى مقصلا كما في قوله ثبتت له حسابه أي بالبابا بال (و ينظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحبسهم ويأتيه باسمائهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظرا) لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فن اعترف بحق ألزمه إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار والواجد يجعل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكر) ما لو حبس الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ودردهم إلى الحبس لقيام الختوان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وان لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لخصمه له وهو محبوس بغير (٣٦٧) حق (لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه) أي أما إذا جلس يقول

المبادئ أن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس فلان في خصمه فلان حضر فلان حضر والافن رأى القاضي أن يطلقه فان لم يحضر لر حل منهم خصم أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يجعل بالتخليته ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر والفرق لابي حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هذا كفيلا على ما سيجيء أن في مسئلة القسمة الحق للأول الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمروهم وأما هنا فان الحق

قال (و ينظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظرا (فن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا بالبينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه) وينظر في أمره (لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يجعل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

(قوله) وينظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحبسهم ويأتيه باسمائهم وأخبارهم ويسال المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق ألزمه إياه) ورده إلى السجن الآن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود ودعى عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلا وأطلقهم حتى ينظر في حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجهة للعمل (لا سيما) وهي (على فعل نفسه) وجه إذا قال الشافعي ومالك وقال أحد يقبل قوله بعد العزل كما يقبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضا لاجتماع (واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما وجب حبسه (لا يجعل) باطلاقة (لأن فعل القاضي ظاهرا) ما كان الا (بحق) فحتمنا ط لخصمه الغائب فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديا ينادى في محلته من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس بحق فليات إلى القاضي بفعل ذلك أي أما إذا حضر وادعى وجوده ابتدأ الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه إذا لم يحبوس بحق لغائب وأما ربه أنه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيلا لي وأبي أن يعطى كفيلا وجب أن

(قوله حتى ينادى عليه) أي يأمر مناديا ينادى عليه كل يوم إذا جلس من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فلحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والافن رأى القاضي أن يطلقه ينادى عليه كذلك أي أما فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تافى عليه أي أما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم وأطلقهم

للاغائب ثابت بيقين نظرا إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمروهم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف يستعيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة البكوكول وعلى هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسال ديوان القاضي فادهم (قوله شيا فشيء منصوب) أقول يعني منصوب على المنعولية (قوله) لأن الإقرار والواجد يجعل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واجد فلان من حبس القاضي المعزول فان الظاهر أنه لو لم يعلم يسأله بحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بالبينة) أقول فيه تسامح الظهور أن الختوان البينة لا قول المعزول (قوله) فان لم يحضر لر حل منهم خصم أخذ منه كفيلا (قوله) على ما سيجيء) أقول في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب (قوله) فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول لاطلاني البقية على ما ثبت نظرا إلى الظاهر ليس على الحقيقة كالأبني

فلا يحتاج الى فرق وقد كفي المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى
كفيلاً فإنه لم يجب على شيء نادى عليه فمهرأتم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطاً فاذا امتنع احتياطاً بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهراً
(وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظر في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب ما تقوم به البينة أو باعتراف
من هو بيده) لانه لا بد لعمله من حجة (وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما سر غير مرة الا ان يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل
فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيه فصح اقرار المعزول به كانه بيده للعالم) ولو كان بيده عياناً فصح اقراره به
فكذا اذا كان بيده مودعة لان المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذواليد بالقرار لغير من أقره القاضى فإنه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم
يضمن قيمته للقاضى باقرار الثاني (٣٦٨) ويسلم الى المقر له من جهة القاضى) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة وجوه وذلك لان من

بيده المال اما أن يقر بشيء
مما أقر به المعزول أو يجهل
كأنه فان كان الثاني فالقول
قوله ولا يجب بقول المعزول
عليه شيء وان كان الاول فاما
أن يقول دفعه القاضى الى
وهو لفلان بن فلان من
أقره القاضى وهو
المذكور في الكتاب أولاً
بتعليقه واما أن يقول دفعه
القاضى الى ولا أدري لمن هو
وحكمه كحكم المذكور في
الكتاب والتعليل بالتعليل
واما أن يقول دفعه الى
القاضى المعزول وهو لفلان
غير من أقره القاضى
وحكمه ما تقدم لانه لما
بدأ بالدفع من القاضى فقد
أقر باليد له فصار كأن
المال في يده لما سر ثم أقر
أنه لفلان وهو لا يصح واما
أن يقول هو لفلان غير من
أقره القاضى ودفعه الى
القاضى وهو المذكور في
الكتاب آخر وحكمه ان
المال يسلم الى المقر له أولاً

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك
حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناهم (الآن يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيما)
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالقرار لغيره ثم أقر
بتسليم القاضى فليسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر
له من جهة القاضى
يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فينادى شهرافان لم يحضر أحد أطلقه وقبل أخذ الكفيل هنا قولهما أما على
قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث اذا اقتصموا على ماسياتي والخمارة أن أخذ الكفيل هنا اتفاق
والفرق لا يحنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان
حصول الكفيل لامر وهووم وهذا الظاهر أن حبه بحق لظهور أن فعل القاضى بحق ولكنه مجهول
فليس أخذ الكفيل له وهووم ولو قيل فيما ينظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله انى مطلوب حتى تضى
مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيداً (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف) السكائنة تحت أيدي
أمناء القاضى والذي في ديارنا من هذا أن أمرا الاوقاف تحت أيدي جماعة توليهم القاضى النظر والمباشرة
فيها وودائع البيت تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب ما تقوم به البينة) انه
لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هو في يده اذا أنكر وقال
هو لى الابينة (ما بينا) انه التحق واحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يكتب في بقوله في
الارام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضى لو أخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بذلك الا يقضى به حتى يشهد
عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الآن يعترف الذي في يده أن) القاضى (المعزول سلمها اليه)

(قوله ولا يقبل قول المعزول لما بينا) أى لا يقبل قول المعزول ان المال الذى في يده يكون له ولانه بالعزل
التحق واحد من الرعايا بالآن يعترف الذي في يده المال أن المعزول سلمها اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت
للقاضى فيصح اقرار القاضى كانه في يده في الحال لان من في يده مال اذا أقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره
الا اذا بدأ ذواليد بالقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذي أقره القاضى المعزول ثم قال دفعه
الى القاضى المعزول فليسلم الى المقر له الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضى المعزول قيمة ذلك العين أو مثله باقراره
ان اليد كانت له فبدأ بالمعزول ويسلم الى الذى أنقر القاضى له ولو بدأ بالدفع فقال دفعه الى القاضى المعزول
وهو لفلان آخر فالقول قول المعزول ويؤمر بالدفع الى من أقره القاضى المعزول ولو قال صاحب اليد دفعه

لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضى ان كان مثلياً وقيمه ان كان قيمياً وهذا ان قال
اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضى
و باقراره لغير من أقره القاضى أ تلف المال على من أقره القاضى فيكون ضامناً للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر
الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أو لا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من
القاضى وبين ما بدأ بالقرار لغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحداً ذكر الضمان لاحقره

(قوله ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له) أقول يعنى ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولاً) أقول فيه نامل
فان المذكور في الكتاب أولاً لا يختص له بما ذكره بل يعنى الصورتين الأخيرتين أيضاً

ثانياً في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار بطلان ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار من لا يملكه لصدوره عن
الاجنبى عن المقر به فاستدفاذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عن لا يملكه واذا أقر بالملك لغيره بما
في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الاول وليس له ذلك لسكونه اقراراً (٣٦٩) في حق غير ولكن يسمع في حق المودع
لسكونه اقراراً على نفسه

قال (ويجلس للعلمك جلوساً طاهراً في المسجد) كى لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد
الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس
بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله وانما قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى
فحينئذ اما أن يقول سلمه الى ولا أدري لمن هي أو يقول سلمه الى وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقره
القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيه لانه ثبت باقراره من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي
فيقبل اقرار القاضي فيها كقول كانت في يده حال اقراره أو يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال
المعزول بل لفلان رجل آخر فاقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لانه أقر باليد للقاضي فصار كأن
المال في يده فاقرب به لو احدثوا أقر به هذا الرجل لا خروفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا وبدأ
بالاقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضي في هذا يؤمر بالتسليم الى من أقره الامين
ويضمن مثله ان كان مثلياً أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول الى من أقره به لانه لا يملك الاقرار صح اقراره
ولزم لانه أقر بما هو في يده فاما قال دفعه الى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقربه لغيره من
أقر هو به لانه فيصير هو متلفاً لذلك على من أقره القاضي باقراره لغيره فيضمنه هذا وما لو شهد قوم أنهم سمعوا
القاضي الاول يقول استودعت فلان مال فلان اليتيم وسجد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه
يقبل ويؤخذ المال من ذكره وكذا الوصيات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك (فرع يناسب هذا) * لو شهد
شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي لم أقض بشئ لا يجوز شهادتهما عما عندهما
ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للعلمك جلوساً طاهراً كى لا يشتبه مكانه على
الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة ولا يتبع نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا
المفتي والفقهاء (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجلسات وان لم تصل فيه الجمعة قال نضر
الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد أما اذا كان في طرف منها فلا زيادة المشقة على أهل الشقة
المقابلة فالاول أن يختار مسجد في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الا أن الاول
ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه) أي
القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد والحائض
هي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تغتنم بالمعاصي كثير من العيون
الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث العائش من حديث سهل بن سعد وفيه
فتلا عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذباً حاشي في عين غموس وفي الصحيحين أيضاً عن كعب
ابن مالك أنه تقاضى ابن أبي حردود ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف سيفه فجرت به فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله
فأشار بيده أن يضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسنداً
الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب
اليه فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس
فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراماً فقال صلى الله عليه وسلم
الى القاضي المعزول وقال هو لفلان بن فلان أو قال دفعه الى ولا أدري لمن هو فاقول يقبل قول المعزول ولو

(٤٧ - (فتح القدير والكفاية) - سادس) وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفضل الخصومة في معتكفهم وكذا الخلقاء
الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالأصالة
(قوله وروى عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى أتول يعني أنه قال والمسجد عطف على الكلام السابق

والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذلك الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامته في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والخائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها وإلى باب المسجد ويبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جالس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده منهمة

(قوله ونجاسة المشرك)
جواب عن دليل الشافعي
وتقرر بنجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت
أن النبي صلى الله عليه وسلم
كان ينزل الوفود في المسجد
(فلا يمنع من دخوله) إذ
لا يصيب الأرض منه شيء
(والخائض تخبر بحالها)
فيخرج القاضي إليها وإلى
باب المسجد ويبعث القاضي
من يفصل بينها وبين
خصمها كما إذا كانت الخصومة
في الدابة) فإن قيل يجوز
أن تكون الخائض غيب
مسلمة لا تعتقد حرمة
الدخول في المسجد فتخبر عن
حالتها قلنا الكفار ليسوا
بمخاطبين بفروع الشرائع
فلا بأس بدخولهم (ولو)
جلس القاضي في داره
لا بأس بذلك) قال الامام غير
الاسلام إذا كان دار في
وسط البلدة كما تقدم في
المسجد فإذا جلس فيها
يأذن للناس في الدخول
إليها لأن لكل أحد حقاً
في مجلسه

لعلى وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل
بارسول الله ألا تجلد التي خبثت بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال فلانة قد عاها ثم
سألتها فقالت يا رسول الله كذب علي والله لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يا رسول الله
مالي شاهد فأمر به فجلد حد الغريبة ثمانين جلدة وأما الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل
الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك ومن
تبع السيرة رأى من ذلك شيئاً كثيراً في البخاري لا عن عمر عند من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسد الامام أبو
بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك فاقبل أنه غريبه بني علي أن المراد
رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لا ينسب هذه الرواية إلى أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن
محمد بن عمر بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسد
إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي
قضاء المدينة وإلى محمد بن عمر قال سألت أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز
ولي أبا طولة القضاء بها فكان يقضي في المسجد قال أبو طولة ثقة بروى عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن
أبي خالد قال رأيت شريكاً يقضي في المسجد وإلى الأسود بن زياد قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي
الكوفة يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو
انكاره عن أحد وما الحديث الذي ذكره المصنف انما ثبتت المساجد كره الله والحكم فلم يعرف وإنما
أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يقول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم معه فقال
صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد
لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم
فدعا بدلو من ماء فشبهه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه (والخائض تخبر بحالها)
ليخرج إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كلو كانت الدعوى في دابة ولو جالس في داره) شرط (أن)
يأذن للناس على العدم ولا يمنع أحد من الناس لأن لكل أحد حقاً في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا
في المسجدين الأولين أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولاية قضى وهو يعني أو يسير على دابته لانه إذا كان
غيره عند الحال والمساوية من الاستغفار بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جاسة
كالتربع وغيره وما باع الناس في الجالس مختلفة وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو
عاشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الانهيين أو به حاجة إلى الجايع والحاصل
أنه لا يقضي حال شغل قلبه وأمله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان مع لول به ولا ينبغي أن يتطوع
بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل محتج فأكثر إلا أن يكون الناس قليلاً ولا يقدم رجلاً
جاء إلا آخر قبله ولا يضرب في المسجد حداً ولا تزيار (و) ينبغي أن يجلس معه من كان يجلسه قبل ذلك لأن
في جلوسه وحده منهمة (الرشوة والغلم) وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة
ويستحب أن يحضر جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وليا حتى قال
أنكر ذوايد ما قاله المعزول كله القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه (قوله كلو كانت الخصومة

(و يجلس معه من كان يجلس معه ولو كان في المسجد) حتى يكون أبعدهم النعمة (اذ في المجلس وحده نعمة) الظالم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاشا لا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم له أو من حرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلا من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روي البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي حنيفة الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن اللبينة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أي هدي له أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه

أباهر برضا الله عنه فقدم بماله فقال من أين لك هذا فقال تناجيت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي

عدو الله هلا تعدت في بيتك فتعذر أي هدي إليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معني القطعية وهو حرام ولغظ الكتاب أعظم من أن يكون بينهما مهادة قبل القضاء وأن لا يكون عبادة النهاية تدل على أن المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول ممن حرت عادته قبل القضاء بماله ولم يزد فانه ليس باكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل أن الهدى للقاضي إما أن يكون ذا خصومة أولا ولا الأول لا يجوز قبول هديته مطلقا

قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو من حرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما راء ذلك يصير آكلًا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصوصًا لا يقبل هديته وكذا إذا أراد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لا لجل القضاء فيتحاماه

أحد يحضر مجامع الفقهاء من كل مذهب وبشاورهم فيما يشاكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغلهم عن شيء من أمور المسلمين مجلس وحده فان طباع الناس تختلف ففهم من عنده حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر مجلس وحده وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمعقضى عليه وبين له وجه قضائه وبين له أنه فهم بجمته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته إلى أنه جاز عليه ومن يسمع يخجل فربما اتسدت العامة تعرضه وهو يرى وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيفار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدى إمالة خصومة أو لا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذارحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر في الاسلام الآن يكون مال المهدى قدرًا بقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضى أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فاهدى بعد القضاء لا يقبل وبعبارة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم أو من له عادة قبل القضاء تغيب قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لغفر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدى إليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا لغفر وهذا على شبه قول غير الاسلام في الزيادة اذا كثرت ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل بضعها في بيت المال لا بأس بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاهما وكل من عمل للمسلمين لاحكامه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا بشرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حنيفة الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللبينة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أي هدي له أم لا قال عمر ابن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري في الدابة) فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود والاشارة اليها (قوله لان في جلوسه وحده

أي سواء كان قريبا أو مهديا قبل القضاء أولم يكن وإشافي أما أن يكون قريبا أو ممن حرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه والأول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام غير الاسلام ان زاد على المعتاد عده ما زاد ما لا بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلاف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الآن الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لأنه أهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) فيسل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنفان الدعوة (٣٧٢) الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن مجرده أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعندها هذين

واستعمل عمر رضي الله عنه أباه مرة فقدم قال فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلاقت في يديك فتعظرت أي هدي لك أم لا فخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سبها الولاية ولهذا الوراد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة ذكره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فاهدى إلى المقرض فله المقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لأصحاب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوة إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن مجده يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخلاف يجيب الخاصة لقريبه بخلاف لصلته بالرحم وعلى تقدير الخلاف طوبى بالفرق في القريب بين الهدية التي يقبل منه مطلقاً ولا يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كذا كرى في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدي بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيفة سوى ذلك إلا مكان الذي قدمناه واختلاف في الخاصة والعامة فقبل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا وعندى أن ما حكى عن القاضي أبي على النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما ضي عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو لخصوص من الناس ولأنه أخصب فان معرفة كون الرجل لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير صحيح فانه أمر مبطل وإن كان عليه ملو أخ يس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله أعلم وعند الشافعي وأحد يحضر الولائم مطلقاً لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلو قد أبعدت (قوله ويشهد الجنائز ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له ولا لا يعود وإنما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى

الله عليه وسلم إن من سرخسي رحمه الله وقال مجرده أنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزاً حضور دعوته إن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده وما ذكرنا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صله للرحم وذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب للقاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض) الخ (الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست

خصال واجبة أن ترك شيأ منها فقد ترك حقاً واجباً عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعود وإذا مات أن يحضره (ولا وإذا ألقه أن يسلم عليه وإذا مات تسلمه أن يصنع وإذا عطس أن يشمه) كذا في تنبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام منى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم الآن يكون خصمه معه (ولان الضافة والحلوة تورث التهمة) قال (واذا حضر اسوي بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فان كان أحدهما من ولاية والاخر فقير أو كانا أبوا وبنا يسوي بينهما في (٣٧٣) المجلس فجلسان بين يديه على الأرض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب الى القاضي فتقوت التسوية ولو اجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين ولن خاصر رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع الخصم في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما كي لا يكون مغضلا لأحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه ولا يبدو ولا يرأسه ولا يجاوبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه) لان في ذلك كله

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي صلى الله عليه وسلم منى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضر اسوي بينهما في الجالوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يجازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشهيت العاطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز واذا استحكمت فانه حله فهذه هي السادسة ورواها ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله يشتمه وروى البخاري في كتابه المغر في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الا فرقي قال كذا في البحر زمن معاوية فانضمم مركبنا الى مركب أبي أيوب الانصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فانانا وقال دعوتوني وأنا ساء فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا واجبا عليه لانه يسلم عليه اذا لقيه ويحييه اذا دعاه ويشتمه اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استسبحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعين من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنائز فالمراد به أمر ثابت عليه أعين من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى ابو يعقوب بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فاضافه فلما قال اني أريد أن أحاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا معه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولان فيه تهمة) المبل (قوله) واذا حضر اسوي بينهما في الجالوس والاقبال) لما روى ابو يعقوب بن راهويه في مسنده اخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثني ابو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن عبد الله بن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهما في لفظه وشارته ومعه وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان أس بن الناس في وجهك وذلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يباأس ضيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يجازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء (والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير قد اجلس عمرو ان الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسعه له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي أن يعود لان ذلك يؤدي الى اذاء الخصم الاخر والى التهمة قال عليه السلام على المسلم لانه ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا واجبا عليه اذا دعاه أن يحييه واذا مرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استسبحه أن ينصحه واذا عطس أن يشتمه (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) فيه اشارة الى انه لو اضافها جميعا فليس به بأس وفي

خصمه (ولا يجازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء (وينبغي أن يعين بين يديه وجلا عن الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ومنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلوا من الجلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إغارة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستخسره أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر له بأية المجلس فكان تلقينه أحباء الحق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

الأرض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما ما به هذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة نشر مع على فانه قام فاجلس عليه رضى الله عنه بمجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يترعان ولا يقعدان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون بعدهما قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعاً أصواتهما ويسند القاضي ظهره إلى الحراب وهذا رسم زماننا قالوا وهو أحسن لأنه موافق لعقله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار أن شاء ابتداء فقال ما ليكم وإن شاء تركها حتى يتدناهما بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشئ غير ما بينهما فإذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى يفهم محنته لأن في تكلمهما معا شغباً وقلة حشمة للمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر ولم يسأل المدعى ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعى بأن يقول أسأله لئلا يتفكر في الدعوى لتظهر له محنتها والآخر قال ثم فصح دعواؤه وإذا بحث الدعوى يقول فإذا تريد أن أسنع فإن قال أريد جوابه سأل والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للمعلم بالمقصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار محمد أن يقدم الدعوى الأولى فالأول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشى يعرفه السابق وليكره على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهما ولا يستعمل على الخصوم بل ينهل معهم فإن بالجملة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لاختافة الناس وأنكر الأئمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيئا لئلا يكتن من الدخول وهو يعلم فلو هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من التقدم إلى باب القاضي في حاجته والماخوذ على ذلك رشوة مجرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للمحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه مع سوط يقال له الجواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي وأعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلسهم على ما ذكرنا فلهذه أيضا من المحدثات لمناقبه من الحاجة إليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استعصم جلأسي الأدب فقبل له في ذلك فقال أما علمت أن الشر بالشر يدفع والمقصود أن الناس مختلفوا الأحوال والأدب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مراد به الخير لاحتمة النفس المؤدى إلى الإحجاب ولا حول ولا قوة الا بالله ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بما كي لا يقع السجل فاسداً بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعد حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستغديه الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به أن استولته الخبرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بان ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف المبتسوط لا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد هو أن يقول القاضي ما يستغديه الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أشهد بكذا وكذا مكرره لأنه إغارة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لأحباء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين أحباء للحقوق بمنزلة الأشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد أن بالالف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتاخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والأشخاص هو إرسال الرجل لاحضار الخصم

(قوله تلقين الشاهد الخ) قوله مكرره لأنه إغارة الخ) أقول تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكرره خبره

(فصل في الحبس)

فيعول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخصم وأنه واستغاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق يكفي ثلثين أحدا الخصمين وفي الميسوط ما قاله عزيمه لان القاضي منبى عن
اكتساب ما يجبر اليه ثم حمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء
شاهد الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذ لم يعنه على أداء الشهادة
ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضا
أمر بأكرام الشهود فان الله يحبيهم الحقوق وهذا التلقين أنه واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله
بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليداني بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدم منع قبل وناخير
قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه دليل
الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفي كونه أخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاصحان لا ينبغي للقاضي أن
يسمع ويشترى بنفسه بل يفرض ذلك الى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيله لا يعرف أنه وكيل
القاضي تجوز ان الهابة بشرط شريح على عمر حيز ولاه أن لا يبيع ولا يشتري ولا أرتشى وقال بعض أشياخ
المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من المساعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن
يسمع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على
القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم وبخير في أحسن نياحه والله الموفق

(فصل في الحبس) أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكره من الحبس الا أنه اختص بأحكام كثيرة فافرده
بفعل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المسد كور بقوله تعالى أو ينقوا من الارض
وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تم حمة وذكر الخصاص ان ناسا من أهل الجواز اقتلوا
فقتلوا بينهم قتلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر
حين انما كان يحبس في المسجد والدليل حتى اشتري عمر رضي الله عنه دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذ
محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضا الى زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام
قال في الفتاوى ان عليا بنى سجنان قصب فسماه نافعان فنبه الاصوص وتسبب الناس منه ثم بنى سجنان من مدر
فسماه مخجسان وفي ذلك يقول على رضي الله عنه

ألا ترائي كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخجسا * بابا حصينا وأمينيا كيسا

والحبس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس
وأراد بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة
جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيل بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع
للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعنا حشا ولا يسهل له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به
وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والولد في غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه
ابطال حق آدمي بلامو جب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذ لم يكن له من يقوم بحقوق نفسه فعل
ذلك وسئل محمد بن اذامات والده أيجزج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى
يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا لتسبب في
هلاكه واحتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيعاطها حيث لا يطالع عايبه وقيل يمنع منه لان الجماع
ليس من الخواص الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه لاسلام عايبه لانه قد ينفذ الى المقصود من الايقاع
بشورهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدري الحبس فيحبس في الدرهم ومادونه لان

(فصل في الحبس)

(فصل في الحبس)

لما كان الحبس من أحكام
القضاء وتعلق به أحكام
أفرده في فصل على حدة
وهو مشروع بقوله تعالى
أو ينقوا من الارض فان
المراد به الحبس والسنة
وهو ما روي أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا بالتهمة فخلاله لم يكن
في زمان النبي صلى الله عليه
وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان
رضي الله عنهم سجن وكان
يحبس في المسجد والدليل
حيث أمكن ولما كان زمن
علي رضي الله عنه أحدث
السجن بناء من قصب

(فصل في الحبس)

قوله وهو ما روي أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا الخ أقول وقد مر
ذلك من المصنف في أوائل
كتاب الحدود

وسماه ما فاعانقبيه الاصوص فبسي تبعتها من مدر فسماء نجسها ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطالب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف أن لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبيينة فان كان الاول لم يجعل بالحبس وأمره بدفع ماعليه لان الحبس جزء المماطلة فلا بد من ظهور رها و اذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من يحتج أن يقول ظننت أنك تمهلي فلم أستعجب المال فان أبيت أو فيك حقت فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطاله فحبس وان كان الثاني حبسه كجاسق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الأئمة السر حسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبيينة كان له أن يعتذر و يقول ماعلمت له ديناً على فاذا علمت الآن لا أنواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمسال غير مقدور في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجزي به والمحجوس في الدين لا يخرج لهجى ومضان والقطر والاصحى والجمعة وصلاة مكتوبة بتوجه فقر يضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامه بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف (٣٧٦) ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه وأمره بدفع ماعليه) لان الحبس جزء المماطلة فلا بد من ظهور رها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعنه طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه اظهر ومطله أما اذا ثبت بالبيينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التز به بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التز به باختياره دليل يساره اذ هو لا يلزم الاما يقدر على أدائه والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله

كثير ضرر للطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيستارع الى قضاء الدين وبالمرض يزاد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجه لانه اذا لم يكن له من يرضه

ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله) واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه حتى يأمره بدفع ماعليه لان الحبس جزء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم لم الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر بسدائه بن المبارك احلال عرضه باغلاط القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ لعنه طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبيينة فحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الأئمة السر حسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبيينة لا يحبس لاول وهله لانه يعتذر بانى ما كنت أعلم أن على ديناه بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاص لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والبيينة (قوله فان امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالمقرض) (ثمن المبيع) أو التز به بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناه به والمراد بالغنى القدرة على الايلاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعنى اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه ومالم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التز به كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله انى فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار

و بما عوت بسببه وهو ليس يستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فبطوهما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكيف شهوة الفرج وقبل الوطء ايس من أسول الخواش فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ايشا وروهم في قضاء الدين و يمنعون من طول المكث عنده قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ماعليه حبسه اذا طالب

الخصم ذلك كما مر ولا يساله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار أو أنكر المدعى اختلاف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالتن والمهر والكفالة فالقول فيسه قول المدعى وقد ذكر القدرى هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التز به بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك يحتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التز به باختياره دليل يساره اذ هو لا يلزم الاما يقدر على أدائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن يخرج عنه مالم يكن ديناً مطالقا كالغنى وغيرها كما سنده والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجل

(قوله فسماء نجسها) أقول حبس نجسها ذلله فتخيس بالخاء المحجمة قال في القاموس نجس كعظم انترى قال في النهاية النجس بالكسر رأى المذلل من الغريس وهو التذليل وروى بفتح الباء وهو موضع التخيس وهو الذى اختاره في المغرب (قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطى فلهذا قابل القدرى ما التزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فتأمل

فكان اقدمه على الشكاح دليل على قدرته قال القدوري (ولا يجسبه فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرش الجنابات (إذا قال انى فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الآن ثبت المدعى أن له مالا بينة فيجسبه وروى الخصاصف عن أصحابنا رجهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذا ادعى بولد ولا مال له والمدعى يدعى عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدعى مع عبته (وبروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجهم الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله فحتمل فكان القول للمدعى وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالتقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل (٢٧٧) البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه

كفى نفقة المحارم والآثر

ان يحكم الزى ان كان زى

الفقره كان القول له

وان كان زى الاغنياء

كان القول للمدعى الا فى

أهل العلم والاشراف

كالعوبة والعباسية فانهم

يتكافون فى الزى مع

حاجتهم حتى لا يذهب ماء

وجههم فلا يكون الزى

فيهم دليل اليسار وقوله

(فى النفقة) بيان ما هو

المحفوظ من الروايات

فى كتاب الشكاح ان المرأة

إذا ادعت على زوجها أنه

موسر وادعت نفقة

الموسرين وادعى الزوج

أنه معسر وعليه نفقة

الموسرين فالقول قول

الزوج وفى كتاب العتاق

أن أحد الشرى يكن إذا

أعتق نصيبه من العبد وزعم

أنه معسر كان القول قوله

وهان مسئلتان محفوطتان

تؤيدان القولين الأخيرين

أما تأييدهما للذى

قال (ولا يجسبه فيما سوى ذلك) إذا قال انى فقير الآن ثبت غريمه ان له مالا فيجسبه (لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه وروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة وروى أن القول له إلا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى

(ولا يجسبه فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال انى فقير الآن ثبت غريمه أن له مالا فيجسبه) حينئذ (لأنه وجد دلالة اليسار) أى قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب (وبروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال ولزمه بعقد أو حكما فله للعقد كالاتلاف وضمنان الغصب وهو قول الخصاصف (لأن الأصل هو العسرة) فى حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ولهذا قال إذا ثبت الحق فلا يجسبه حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا لم يخلقه فان كل حبسه وان حلف أطلقه الا أن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يجسبه ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (وبروى أن القول له) أى للمدئون (الإفمابله مال) كالقرض وضمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيها قول المدعى وأسبب الخصاصف هذا القول لابي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان زى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الآن ثبت المدعى قدرته وان كان زى الاغنياء فالقول للمدعى انى الفقهاء والعلماء والعوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكافون فى اباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطالب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة أنه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المدئون وكما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها يادفع الله الام لان يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوطتين نصاعن أصحابنا بخلاف احدهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لئلا تخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشرى يكن إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شرى يكتبه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف

(قوله وروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) وهو اختيار الخصاصف رحمه الله وروى أن القول له إلا فيما بدله مال وهو اختيار أبي عبد الله البخى وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجهم الله ما الله ويؤيد هذين القولين مسئلتان احدهما ان المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر متمسكا بالأصل وثانيتها

(٤٨ - فتح القدير والكفاية) - سادس) كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعنى ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده فوجد فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما صرح به فى البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما ذاء ثبت هلاك المصوب أو غصبه منه عند القاضى ومافى البدائع فيما ذاباعه لآخر مثلا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدله الذى ذكره المصنف أنفاو الأصل باقوا حتى يظهر خلافه (قوله ويعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدمه على التزمه باختباره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة متبذرها اشتراك لفظ اليسار والعسارين المعنيين فان المراد باليسار فى قواهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدره

مع أنهم ما باشر اعقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشرىك الساكت في دعوى اليسار وأما ما يبيدهما الذي كان القول لمن عليه الأفيما بدله مال فلانه لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الانخيران وقوله (والخبر يج على ما قال في الكتاب) يعني القدرى جواب عن المسئلةين نصرة للمذ كور فيه وتقر برهانه أى النفقة على تأويل الانفاق ايس بدين (٣٧٨) مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تأسس طهاوت بالانفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح

اعتراف العبد المشترك القول للمعتق والمسئلةين تؤيدان لقولين الاخيرين والخبر يج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة إحتي تسقط النفقة بالموت على الانفاق وكذا عذر أى حنيفة وجه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور طلبه في الحال وانما يحبس مدة ليظهر ماله لو كان بخفيه فلا بد من (والمسئلةين تؤيدان القولين الآخرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الأفيما بدله مال أما ما يبيدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذ كور أولاً كان القول للمرأة والشرىك الساكت في دعوى اليسار وأما ما يبيدهما الثاني فلانه لم يكن بدل المهر وبدل العتق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الانخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما ما يبيدهما لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذ كرفي الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهم سماه بطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملزماً بمال أو بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافه ما لا جعل القول للمطلوب فان البذل فيه ما ملزم بعقد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً أعنى العتق وتؤيدان القول الاخير وهو ان القول للمدين الأفيما بدله مال فان البذل في المسئلة ليس ما لا يجعل القول للمدين نايد القول بان ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما ما هوهم أنه يفيد الشمول والافلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد والبذل ليس بمال كون القول له في جميع الدين فمافي النهاية والدراية وغيرهم من قوله بعد توجيه التأيد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في السكك اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدله الدين مالا فالقول للمدعى أو غير مال فالقول للمطلوب صححاه الذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذ كور في الكتاب ايس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذ كور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخبر يج على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضا في جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحبس (المدين شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور والمطالبة ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد ان أحد الشرىكين اذا عتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلةان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما اذا قدما على النكاح والاعتاق اماره قدرته على النفقة والضمان كفي المهر والكفالة (قوله والخبر يج على ما قال في الكتاب) يعني تخبر هاتين المسئلةين على وجه لا تردان نقضا على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية بحسبه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون ديناً على المدعى عليه مطلقاً وفي هاتين المسئلةين النفقة ليست بدين مطلقاً حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله بحسبه شهرين أو ثلاثة) وهو رواية محمد عن أبي حنيفة رحمه الله في

هو ما لا يسقط الا ببراء من له أو بإبقاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وجبئ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله بحسبه في كل دين لزمه بدلا على مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل اخلاص منه في حياته ومماته من جهة الا بالبقاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جسرانه وأهل خبره عن يساره واعساره أما الحبس فلظهور طلبه باطل في الحال وأما ثبوته فلانه لا يظهر ماله ان كان بخفيه فلا بد من مدة ليبيده هذه الفائدة فقد روي ما ذكر

على الإبقاء ولا كذلك في النفقة (قوله مع أنهم ما باشر عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خبير بأن الالتزام

في صورة الاعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الاعتاق مجردا على الالتزام فلان نقض (قوله بدل المهر) أقول ان الظاهر أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أب الصحيح هو القولان الانخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متباينان الآن يقال المراد ان الصحيح لا يعدو هما لان كلامهما صحيح (قوله أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الانفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التاويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمنان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة

و روى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن مادونه عاجل والشهر أجل قال تميم الائمة الخوازي وهو أرفق
 الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أو بعه أشهر إلى ستة أشهر والصحيح أن شيئاً من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو موقوف إلى
 رأي القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمدة دار تلك المدة التي
 ضجر الآخر فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال أن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فإن سأل عنه فقامت بيعة
 على عسرة أخرى أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البيعة إلى لفظة الشهادة والعدد بل إذا أخبر بذلك ثقتة على بقوله والاثنان أحوط إذا لم
 يكن حال منازعة أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من إقامة البيعة فإن شهد شاهدان أنه معسر حتى سبيله وليس
 هذا شهادة على النفي لأن الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وإن استخلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه
 معسر حلفه القاضى فإن نكل أطلقه وأن حلف أبدأ الحبس وقال شيخ الإسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدعى بعد ما حبسه احتياط
 وليس بواجب لأن الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قيل بمجدرجه الله
 قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جوار الشفيع
 وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بيعة أن له (٣٧٩) نصيباً في هذه الدار ولم يبنوا مقداره نصيبه
 فإن القاضى لا يرضى بهذه

البيعة في الفرق بينهما
 وأوجب بأن الشاهد على
 اليسار شاهد على قدرته على
 قضاء الدين والقدرة عليه
 انما تكون بملك مقداره
 الدين فيثبت بهذه الشهادة
 قدر الملك ليكون الدين
 معلوماً في نفسه أما الشاهد
 على النصب فليس بشاهد
 على شيء معلوم لأن القليل
 والكثير في استحقاق الشفعة
 سواء فوضع الفرق بينهما
 قال (فإن لم يظهر له مال خلى
 سبيله الخ) فإن لم يظهر
 للمحبوس مال بعد مضى
 المدة التي رآها القاضى برأيه
 أو بعد مضى المدة التي

أن تمتد المدة لهذه الغائبة فقدره بما ذكره وروى غير ذلك من التقدير بشهر أو بأربعة أشهر
 والصحيح أن التقدير موقوف إلى رأي القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال (فإن لم يظهر له مال خلى
 سبيله) يعني بعد مضى المدة لأنه استحق النظر إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظاهراً ولو قامت البيعة على
 فلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمه الله

أن تمتد تلك المدة لهذه الغائبة فقدره بما ذكره وهو شهران أو ثلاثة أشهر أو بأربعة أشهر
 حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروى غير ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن ما زاد على
 الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الآجل شهر أو الأقصى لا غاية له فيقدر بشهر
 وروى (أو بأربعة أشهر إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أي ما بين أربعة أشهر إلى
 ستة أشهر ورواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكره هشام بن محمد نحوه وكذا الصدر

كتاب الحوالة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحبس ما بين أربعة أشهر إلى ستة أشهر وذكر
 الطحاوي رحمه الله أنه يحبس شهر أو قيل أنه أرفق الاقاويل في هذا الباب لأن ما زاد على الشهر في حكم الآجل
 وما دونه في حكم العاجل والصحيح أن التقدير موقوف إلى رأي القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص في
 احتمال الحبس والصبر عليه حتى إذا مضت عليه ستة أشهر ووقع عند القاضى أنه متعنت يديم الحبس وإن مضى
 شهر أو دونه ووقع أنه عاجز أطلقه وكذا روى عن مجدرجه الله (قوله ولو قامت البيعة على الإفلاس قبل المدة
 تقبل في رواية) وكيفية الشهادة على الإفلاس حكى عن أبي القاسم أنه قال ينبغي أن يقول أشهد أنه مفلس
 مع عدم لأعلم له مالا سوى كسونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره في السر والعلانية ولا تقبل في رواية

اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو بأربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لأنه استحق النظر إلى الميسرة لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة
 فنظره إلى ميسرة فكان الحبس بعده ظاهراً في بعض النسخ وجعل قوله يعني بعد مضى المدة متعلقاً بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه
 أنه لا يتخلله ماله من المدة وليس كذلك فإن أعجزنا ذكره في نسخ أدب القاضى وقالوا وإذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا
 لا يرضى شيء من ذلك (ولو قامت البيعة على الإفلاس قبل مضى المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس مع عدم لأعلم
 له مالا سوى كسونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلانية فقبه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ)
 وإن كان ذلك قبل الحبس فعن مجدرجه روايتان في رواية لا يحبس به كان يفتي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الغزالي وهو قول اسمعيل بن حنبل

(قوله وروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بمقدور (قوله وفي بعض النسخ وجعل قوله إلى قوله وعلى
 ما ذكرنا لا يرضى شيء من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاثنان وسيظهر جواب آخر أنما بان في الكتاب على رواية الأصل فاندفع
 الاشتكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنسبة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون ما فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من
 الشرطية فافهم (قوله فإن أعجزنا ذكره إلى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فإنه يفهم مما ذكره أيضاً أنه إذا لم يظهر له قبل مضى المدة
 لا يتخلله قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا إذا كان أمره مشكلاً وإفلاسه غير ظاهر بين الناس والأدب يحبس

ابن أبي حنيفة رحمه الله وفي أخرى وعليها عامة المشايخ ما رواه النهراني بحسبه ولا يلتفت الى هذه البيضة لان على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت (٣٨٠) فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذا الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس

قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرامته وهذا كلام في الملازمة وسند كره في كتاب الجحزان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان مؤسرا أبدا بحسبه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت ماطلته والحبس أولا ومدة قد بيناه فلا نعيده

الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو معروض الى رأى القاضي اذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقنيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضي بعدمده انه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبدا بحسبه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولورأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بيضة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد بن أبي يعقوب عن رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه ان لم يقيم المدعى بيضة يراه من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المدعون عين المدعى انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكسك أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبدا بحسبه ولا شك أن معناه ما لم تقم بيضة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كفيته شهادة الاعسار أن يقول أشهدانه مفلس لا تعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلا بنية بخلاف ما اذا مضت المدة فسال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها الفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفاية شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبس ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في أول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤله بقوله (ومراد اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت ماطلته فترافعا)

وعلى الثانية عامة المشايخ (قوله قبل المدة) أي قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي مدة أو تقدر الطحاوي أو غيرهما وفي الذخيرة فان أخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان فعن محمد رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمه الله وهكذا قال نصير بن يحيى وقال أبو بكر الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمه الله وهكذا قال نصير بن يحيى وقال أبو بكر الاسكاف وعامة المشايخ ما رواه النهراني بحسبه ولا يلتفت الى هذه البيضة وهذا لان البيضة على الاعسار بيضة على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد لان الظاهر انه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبس ثم يسأل عنه الى آخره) وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في أول هذا الفصل انه اذا ثبت الدين على المدعي بالاقرار لا يحبس في أول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبيضة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بجواز الحبس متصلا باقراره حيث قال يحبس ثم يسأل عنه فثبت التناقض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كاهو ثم ذكر تأويله بقوله ومراده اذا أقر عند غير القاضي الى آخره والى التناقض الثابت من حيث الظاهر (قوله والحبس أولا ومدة) أي بينا الحبس أولا ومدة فلا نعيده

نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القدوري (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرامته وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المدعيون بعد اخراجهم من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسند كره في باب الجح) بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان مؤسرا أبدا بحسبه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهلة يحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله

(ومراد) أي مراد محمد اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت ماطلته) وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحتمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس

قال

أولا ومدة على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعيده قال

(قوله وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المدعيون) أقول لعل الصواب يعني عدم المنع كالأختفى

(ويحبس الرجل في نفقة زوجته الح) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته واضطرها على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه
اظهر وظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع - قوبة فلا يستحقه الولد (٣٨١) على وانه كالحد والقصاص) قال

الله تعالى ولا تقل لهما
أق وانخفض لهما جناح
الذل من الرجة (الاذا امتنع
من الانفاق عليه لان فيه
احياء ولده) وفي تركه سعي

في هلاكه ويجوز أن يحبس
الوالد لعصده اطلاق مال
الولد (ولان النفقة تسقط
بعضى الزمان فلا يمكن
تداركها) وسائر الدون لم
تسقط به فافتراقا وكذا
لا يحبس المولى لعبد اذالم
يكن عليه دين فان كان حبس
لان ذلك لحق الغرماء وكذا
العبد لمولاه لانه لا يستوجب
عليه دين وكذا الدين مكاتبه
اذا كان من جنس بدل
الكتابة لوقوع المقاصة
واذا كان من غير جنسه
لا تقع المقاصة والمكاتب
في حق كسابه بمنزلة الحر
فحبس المولى لاجله وكذا
المكاتب لدين الكتابة
لئلا يكتسه من اسقاطه فلا

يكون بالمنع ظالم ولا يحبس
في غيره لانه لا يمتنع من
الغنى بسبب ذلك الدين وهو
ظاهر الرواية وقيل يجب
التسوية بينهما لانه يمكن
من تعجير نفسه فيسقط به
الدين عنه كدين الكتابة
وانه أعلم

*) (باب كتاب القاضي
الى القاضي)

أورد هذا الباب بعد فصل

الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الآن السحن يتم بقاض واحد وهذا باثنين

قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع - قوبة فلا يستحقه الولد (الاذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدالك
لسقوطها بعضى الزمان والله أعلم

*) (باب كتاب القاضي الى القاضي)

الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الا تن شيا (قوله) ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم
بالامتناع) ويتحقق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدينار
اذا رأى القاضي ذلك فلما عجز دفرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد
الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضى انه اذالم يفرض لها لم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمت في اليوم
الثاني أن يامر به بالانفاق فان رجع فليس ينفق أو جعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعسد الوجوب فهو
ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذالم يقسم لها فرفعت الى القاضي بامر به بالقسم وعدم
الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعت أو جعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر
كبير (قوله) ولا يحبس والد في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الولد العقوبة لاجل الولدان التافيف لما حرم
كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحمله اذا قذف ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه
يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابي عن الانفاق) أبا كان أو أم أو أجدان في ترك الانفاق سعيافي
هلا كههم ويجوز أن يحبس الوالد لعصده الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك لسقوطها) أى لسقوط النفقة
(بعضى الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دين
ولا المولى لعبد المأذون غير المدون لان كسبه ملو له فكيف يحبس له فان كان عليه دين حبس لانه للغرماء في
التحقيق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذالم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه
فاذا أخذ يلقينان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في كسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس
لمطاله أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لانه لا يمتنع لانه لا يصير ظالم المولى كان عليه دين غير بدل
الكتابة يحبس فيه لانه لا يمكن من فسح ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هـ ما سواه لانه
يمكن من اسقاطه بتعجير نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وفي ظاهر الرواية
أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الدون

*) (باب كتاب القاضي الى القاضي)

هذا ايضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالركب بالنسبة الى الحبس والعمل
بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد
الآخرى بأنه ثبت عنده بينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به لان اخبار
القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت كتابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين للحاجة

(وله) ولا يحبس والد في دين ولده) وكذا الام والجد والجددة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من
أجبر به على النفقة فابي حبسه أبا كان أو أم أو أجد أو جدة أو زوجا لان في ترك الانفاق عليهم سعيافي اهلا كههم
ويجوز أن يحبس الوالد لعصده اطلاق الولد (قوله) لسقوطها بعضى الزمان) أى لسقوط نفقة الولد بعضى الزمان
اما لدين لا يسقط بعضى الزمان فافتراق في حق هذا الحكم فيه عتقان في حق الحبس أيضا والله أعلم

*) (باب كتاب القاضي الى القاضي)

*) (باب كتاب القاضي الى القاضي)

قال (و يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما بين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (و كتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (و كتب بالشهادة) لحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمى وهو نقل الشهادة فى الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى

الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا فى بلدين فجوز اعانة على اصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخطا والخطم يشبه الخط والخطم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتزعة بشرائط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضى المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضى لان الشاهد من على الكتاب يجوز أن يشهد على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضى الثانى فلم يتحقق اليه لانا نقول فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى الى تعديل الاصول وقد تعذر ذلك فى بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله) ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق أى التى تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أى بالكتاب (عند القاضى) المكتوب اليه على ما بين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيل من جهة المدعى عليه أو مسخر او هو من ينصبه القاضى وكيل عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والاول اذ اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الاخر لان الخصم حاضر عندها القاضى وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضى البلدة التى فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) فى عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما يكتب بالشهادة الى القاضى الاخر لحكم (هو) وهذا هو الكتاب الحكمى (فى عرفهم) نسبوا الى الحكم باعتبار ما يؤول (وهو فى الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضى وسند كشرط الحكم من القاضى الثانى به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم فى محل مجتهد فيه والكتاب الحكمى لا يلزم اذا كان يتخالفه (قوله) ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق أى فى الحقوق التى تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لمسا فى الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده أى عند القاضى المكتوب اليه للحاجة على ما بين وهو ما ذكر بعده وجوز له مساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا تندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لمسا أن أكثر الناس يجهزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك فى تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه قيل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذى جعل وكيل لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيل عنه فى الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لمسا احتيج الى كتاب القاضى الى قاض آخر لان حكم القاضى قد تم ويحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه وأن يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعو سجلا لانه يكتب الى قاض آخر أو كان المدعى به مبيعا فاذا اراد المدعى عليه الرجوع على يائعه وهو فى بلدة أخرى فطلب من القاضى أن يكتب بحكمه الى قاضى تلك البلدة وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح فان قيل الاشارة فى باب النكاح شرط وكتاب القاضى الى القاضى فيها يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل أو المرأة وهو ليس بمدعى به انما المدعى شئ آخر فصار النكاح نظير الدين فى الدمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضى فيه كذا هنا

والواحد قبل الاثنين والقياس بابي جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب ليعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير والخط يشبه الخط والخطم الخاتم الا انه يجوز لحاجتنا للناس لما روى ان عليا رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرج فيها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمى وذلك لان الشهود اذ ان شهدوا على خصم أو لا وتذكيره بشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتج الى الكتاب والكتاب لا يميزه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل

لا يكون الاعند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليعلم المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ واذا قرأه أو خالفه لا اتصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشراطة العلم بالحسنة وهي ان تكون من معلوم الى معلوم في معلوم معلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما بين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جواز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس في رادبه الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعنى القدورى) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة (والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أى الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى أن الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه (٣٨٣) الكتاب والى أن الامور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة

واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدبون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمائع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي

وجوازه لمساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الأمة اغلبة الا باق فيه دونها وعنه انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها

لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (و يندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة) واستشكل بان في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بان المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذ لم يتباين طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سئل كرام ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذ ابين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالجار والثوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الا باق في العبد) لانه يخدم خارج البيت فباقيته ميسر فلساس الحاجة فيه جوزه بخلاف الأمة لانها داخل البيت

(قوله والأمة المحجودة والمضاربة المحجودة) انما قيد الامانة والمضاربة بالمحجودة ليكونا بمنزلة الدين اذ لو لم تكن محجودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها (قوله بشرائط تعرف في موضعها) وهي أن يقيم المدعى البينة انه كان له عبد سابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته

في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبد والجوازي (واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الامانة لغلبة الا باق في العبد دون الأمة) فان العبد يخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامانة فأنه يتخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أى عن أبي يوسف (انه يقبل فيه ما بشرائط تعرف في موضعها) يعنى الكتب المبسوطة كالملبس وطشروح أدب القاضي وصفة ذلك بخارى أبق عبده الى سمرقند مثلاً فاخذه سمرقندى وشهده والمولى بخارى فطالب من قاضى بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يحيب الى ذلك ويكتب شهد عدى فلان وفلان بان العبد الذى من صفته كتب وكتب ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كجابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدان عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويقض الكتاب ويدفع العبد الى المدعى (قوله ليعلم المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكاتب اذ طلب ذلك منهم فاعل مستندهم فيه ما سيجي في هذا الكتاب والنهاية وغيره في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب (قوله والا فلا) أقول بان كان مختلفاً فيه الفقهاء (قوله) وأجيب بان الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان ثمة طائفة أن لا يحكم به فلناحوا الاستحسان على خلاف القياس

ولا يقضى له به لان شهادة شاهدي (٣٨٤) الملك لم تكن بحضرة العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عتق العبد

وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والحياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاسبيعي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المدعي ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الابات عليه وقبول القاضي الكتاب الشهادة عليه وما ذلك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور وفوررة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كذا كره الحسن في المجر من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أجد اليك الله الذي لا اله الا هو ما بعد فان رجلاً أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقاً على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجر يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سئل عن ذلك وسألني أن أسمع بينة وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فساأله البيهقي فأتاني بعده منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما ديناً لا وسألني أن أخلع بالله ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته خلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيهقي عندي ولا قبضه ولا حله ولا قبضه له قابض وانها له عليه فساألتني أن أكتب له كتاباً اليك بما استقر عندي من ذلك فكتب اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهوداً أنه كاتب وخاتم وقرا أنه على الشهود قال ثم بطوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عن ان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا أتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأل البيهقي على كتاب القاضي ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينة ونسب منه فان أنكر قال له جئني بالبينتان هذا فلان بن فلان الفلاني فان جاءهم أو عدلوا سمع بينة المدعي حينئذ على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأنا عليه وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفلح الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكه أيضاً حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقراهم عليهم وعليه فان أقر الزموا به وان أنكر قال ألك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة فبها وان قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لم يبدل هو آخر قال له هات بينتان في هذه الصناعة أو القبيلة أو الصنعة من ينتسب بمنزلة ما انتسب اليه والآن لم تملك ما شهد به الشهود فان جاء بينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمنزلة ما انتسب اليه أ بطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسم واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل بالآخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة موضح وان كانت ظاهرة بنسبه عليه ما قلناه في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منهم او قالوا لكتب وأقام واسمهم وسنه وقيمتهم والدار التي جلبها فاذا كتب وختم على ما يحب ويوعد وورد الكتاب على المكتوب اليه أحضر ذلك القاضي المدعي عليه والعبد وفك الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلية العبد ما في الكتاب ختم في عتق العبد بالرماس ودفعه الى المدعي من غير أن يقضى له بالملك وأخذ منه كفيلاً وأمره بان يذهب به الى القاضي الكتاب فاذا ذهب اليه أمره القاضي الكتاب بإعادة البيهقي على أن هذا العبد بعينه ملكه فاذا أعاد يقضى القاضي الكتاب به له ثم يكتب الى قاضي تلك البلدة أن يرى كفيلاً وفي بعض الروايات عن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي لا يقضى بالعبد للمدعي

خاتماً من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتاباً الى قاضي بخاري ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخاري وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيلاً وفي رواية عن أبي يوسف ان قاضي بخاري لا يقضى للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتاباً آخر الى قاضي سمرقند فيه ماجرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبحث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويرى الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد غير أن القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي واسكنه بيعة بها معه على يدا من ثلاثاً لها قبل القضاء بالملك راعماً أنها ملكه ولا يكن أبو حنيفة ومحمد وجهما ان هذا الاستحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً ويستعمله فيما كل من علمته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المتخلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فلاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل

شهودا

في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول

شهودا وعدوا لغيرهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفي عن تسميتهم ونسبهم وعندى لا بد أن يقول أحرار
عدول إذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبهم كل منهم ومصلاه وحرفته أن
تأخر افتتاحه أو من أجاز ع والمقصود بتسميتهم تأخر إفشاء الشهود ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن
الخصم إذا حضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن إن كان
والأفقر هو الذي فاني قد يكون لي فيهم معان ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا إنما يصح إذا كان
القاضي واحداً فإن كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف
في قولهما وعند لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم
الأب لكن نسبته إلى قبيلته أو فخذة فقال فلان التسمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفاً بالاتفاق وإن
كان مشهوراً لا يحتاج إلى هذا وقيل لا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب من هذا البلد مسير سفره لا بين
العلماء اختلافاً في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز في بلاد
مسافة القصر وبه قال الشافعي وأجود في وجهه وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز في بلاد
مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي
حنيفة أنه لا يجوز كالتشهاد على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بلزماً بل هو أوثق كإثباته منها قوله وعدلوا
ظاهر في أنه لا ينفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وإن كانت دار قال وادعى أن له دار
في بلد كذا في جملة كذا وكذا وذكر حدوده في بلد بل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر
ثلاثة حدود كفي استحساناً خلافاً لفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد لا تبقى
من مصر بعد العتوان والسلام أن يكتب شهد عندى فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته
كذا وأقامته كذا وأوسنه كذا وقيمته كذا مملكت فلان المدعي وقد أبق إلى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير
حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل
القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضى له به لأن الشهود الذين شهدوا بذلك العبد
للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ولا أخذ كفيلاً بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتماً من القاضي في كتف
العبد ولا حاجة إلى هذا إلا دفع من يتعرض له ويتهمة بسرقة فإذا لم يكن لأحاجة يكتب كتاباً إلى قاضي مصر
ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب إليه فعل ما يفعل المكتوب إليه ثم يأمر المدعي أن يحضر
شهوده وليشهدوا بالاشارة إلى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا وقضى له به وكتب إلى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده
ليبرئ كفيلاً وفي بعض الروايات أن قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعي لأن الخصم غائب ولكن يكتب كتاباً
آخر إلى قاضي الاسكندرية يذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضى به
بحضرة المدعي عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجوارى كافي العبد إلا أن القاضي المكتوب إليه
لا يدفع الجارية إلى المدعي بل يبعثها على يد أمين لا حتمال أنه إذا أرسلها مع المدعي بطونها لاعتقاده أنها ملكه
قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد فالأدفع إليه بعض القبح فانه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ويستغله
فياً كل من غلبته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد غيره ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة
بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامه على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة لوجه والأئمة الثلاثة وإذا
عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب إليه لا بد أن تجعل من قبيل الأمة فيجبري
فيها ما يجبري فيها لأنه يبعدها عن تجري مجرى الديون لأنها إذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة
المدعي المذكور ولم تقدر على بينة أن في قبيلتها من هو على أنها ونسبها أن تدفع إلى المدعي بطونها

لأن الخصم غائب ولكن يكتب كتاباً آخر إلى القاضي المكتوب إليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد
شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه إليه حتى يقضى له بالعبد بحضرة المدعي عليه فاذا وصل
الكتاب إليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي إلى القاضي في الجوارى كذلك غير أن القاضي

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الابحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلا نه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلا نه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطالع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كافي سائر الحقوق وكان الشيعي (٢٨٦) يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس ملزم وبخلاف رسول القاضي الى المازكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتركية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الابشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكتاب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب الذي على ذي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم بشرط الشعي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الحصاص الى عمر بن أبي زائدة أو غير قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فثبت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففقهه ثم نشره فوجدني فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمس مائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم أن يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المازكي ورسوله الى القاضي قلنا الفرقان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزماً الا لا امام أن يعطيه م ما طلبه وله ان لا واما الرسول فلان التركية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا نه غاية رسوله أن يكون كنفه وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجزى باجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غير فالحجواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض براه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم * (فرع) * يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشهادتين ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير في الغناوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه وامرأته وفي الاستئمان يجوز للامير أن يرضيه لانه متعارف ولا يلحق بالقاضي أن يأتي في كل حالة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به فكذلك اذا أرسل كتابه

المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بها معه على يدي أمين لانه لو دفعها اليه لم يمنع من وطئها وان كان أميناً في نفسه لانه زعم انما لم يكتنه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبجياب وعليه الفتوى (قوله بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس ملزم) لان كتابه لك أهل الحرب ليس ملزم فان الامام بالخيار ان شاء أعطاه امان

بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذ جاء من ملك أهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس ملزم فان لا امام رأياً في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المازكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بالتركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المازكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كافي البيع فانه كما ينعقد بكتابه بغير رسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأتي جوازهما وقرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة وأما الرسول فمقام

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذ الخالف ما سيجي من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى) قال انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان حجة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقيق الاول والثاني وجوابه ان حجة الحكم قبل التركية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدهما فيكون هم أيضاً (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجهه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول على كونه رسول القاضي

المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمه الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم (٣٨٧) بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ

الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى لا آمن شهد بالحق وهم يعلمون ويختصم بحضرتهم ويسلمه إلى الشهود لكي لا يتوهم التغيير إذا كان غير ختم أو يبدل الخصم وهذا قوله وما قال أبو يوسف أنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعى ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل إذا شهدهم القاضي أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه أن الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وانما قال آخر لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف يسير على الناس

قال المصنف (ويسلم اليهم) أقول قال في التهمة أي إلى الشهود وعمل القضاة

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يختصم بحضرتهم ويسلمه اليهم) كيلا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط كذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

ولم يجز الرسم في مثله من مصر إلى مصر فسرطانا هناك شرط كتاب القاضي إلى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شرع في بيان الشرط الموعود به كره في قوله ويختصم بشرائط نذكرها والخاصل أن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي بأخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كقولهم هذا بان هذا الصك مكتوب بـ فلان لا يقصد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بمافي كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والسافى وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختصم بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوب بأبيه العنوان الذي قد سمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون مع نسخة أخرى مفتوحة ليستبينوا على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا أن الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندي في صحته فان الغرض إذا كان عدالة الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير الآن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه أن كان الكتاب مع الشهود أن لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم وإن كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشرط أن يكتب فيه التاريخ فلا بد أن لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا أن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يعرف به الآن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كـ أبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنية غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكتنى هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية

وان شاء الله يعطه فلا يشترط البينة (قوله ويسلمه اليهم) أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة رحمه الله يسلم

اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلي قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود كذا وحدث بخط شخني انتهى ثم قال وأجمعوا في الأصل أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظنا هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكاتب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذات بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضور الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيره الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيره وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكاتب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه ففحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد ورحمه الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفحه لم امر انه لم يشترط شي من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه يقض الكتاب بعد العدالة كذا ذكره الخصاصي لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى أن يذني شهوده (٣٨٨) وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليس شهدوا ان هذا كتاب فلان

القاضي وختمه فاما اذا فلك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطاً ولم تظهر فاما اذا لم تكن شرطاً فكما أدوا الشهادة جاز فضاء فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لان سلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بان فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به مالم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فلك الخاتم عمل للكتاب

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه ففحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ورحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا أنه كتاب فلهما العدالة كذا ذكره الخصاصي لانه اذا لم تظهر العدالة للكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يقض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاصي ورحمه الله ولم يشترط أبو يوسف العنوان أي ضابط اذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفي (قوله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضور الخصم) وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضور من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طاليه بالبينه عليه فاذا حضر وأحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشهدون بحضوره انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ قد افتكته وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتاب الى المكتوب اليه كما كان شاهد الغرض ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارة (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعي عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الغرض للشهادة الاصل وفي الغرض لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ ففحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يقض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاصي)

المكتوب الى الشهود كذا في النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخنا رحمه الله (قوله لانه للنقل للحكم) وهذا لان الشهادة في حق الكاتب لا تنقل فلا يحتاج فيه الى حضور الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة أداء الشهادة عليه ولان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي الكاتب

لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المعنى والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضور الخصم وان فتح بغيره من غير جاز اه (قوله لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه) أقول وأنت خير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله فاما اذا لم يكن شرطاً) أقول كجهو مذهب أبي حنيفة على ما سيجي في الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله بان فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى للسببية وأيضا للعائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء يجوز أو انما هو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالى يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الغر وع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء (٣٨٩) وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان

ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدول واغضت الشهادة وجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه بمثل وصوله اليه وقبل قرأته عليه فبطل كافي سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل ان يقرأها واستدل المصنف بقوله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أو مات الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يتحققان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه محققا لان لا يبق بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل

لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يكتمهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير علمهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صارت بهالة وهو معروف واحترز به صاعدا كوفي المغني فانه قال فيه وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفسخ قبل ظهور رها بعد الشهادة بانه كتبه وجه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارناب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم * (فرع) * لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهو ربا الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب فيه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة ثبت بتمسده من كتاب القاضي فكما جوزنا للدول الكتاب بنحو زلثاني والثالث وهم جرح المجاهد ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيد هالو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يرضى أمر الكتاب فلاؤه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء يجوز أو عصى قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا على المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الغر وع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتاب قبل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقرائه وحيثما تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقرائه لا بوجوب عليه شيئا فقول المصنف (الحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو في غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقرائه عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندها (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صارت بهالة) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد

ينقل ألفاظ الشهود ويكتبه الى القاضي المكتوب اليه كان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارة ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضور من الخصم فكذا هنا (قوله) ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا (قوله) حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب لا يقبله وفي الذخيرة قوا اذا مات القاضي الكاتب قبل أن يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندها وقال أبو يوسف رحمه الله في الامالى وهو قول الشافعي يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه

كتبه وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كقولنا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاء يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كلاما في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أنى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله

بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان (٣٩٠) قاضي بلاد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا وجههم الله لانه غير معرف ولو كان مات
الخصم بنفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان
فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما
* (فصل آخر) *

يعمل به لان الماعول عليه شهادة الشهود على ما تحموا ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته
وصار ككل كتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد ادعى عدم عدالة
وأمانته والقضاء متفاوت في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين لان هناك اعتد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أمالو كتب
ابتداء الى كل من يصل اليه فكأن هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأ أنه أجاز أبو يوسف وهو مذهب
الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن مجمل مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اغلام
المكتوب اليه وان كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال
والتهجيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولو مات الخصم بنفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه) سواء كان
ناريج الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في
الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود
وقد شهدوا قلنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقيم بها الحد
لان بني الحدود والقصاص على الاسقاط بالاشهاد (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف
من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم وأعلم أنك بما أطلع على فروع كثيرة
في الكتب فيها تصرح بجمع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعىا ولدًا وقالاهو
معروف النسب منها هو في يد فلان استرق في بلدة كذا وطلبها الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان
ادعىا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالانفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف
المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبد * (فرع) * هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو
كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بعلمه الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام
شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل
المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوف في غربي دينه أو
أمرأى منه وأقام عليه بينة وإن تأخر بدان أقدم البلدة التي هو فيها أو أخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند
أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال جحدني الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب
سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأه ادعت
الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت
عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا أنكر أقت عليه
البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الشكل سواء وهذا احتياط * (فصل آخر) *

قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما
فيصل بالموت فاما اذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية
(قوله بخلاف ما لو كتب ابتداء) أي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من يصل اليه كتابي هذا من
قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وجهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلى
بالقضاء ولهم ما أن اعلام الكتاب والمكتوب اليه شرط ويحصل الاعلام بهذا والله أعلم * (فصل آخر) *

خليفة وقيل الظاهر ان
مجمد معه لانه من معلوم الى
مجهول والعلم فيه شرط كما
مروهورد لقول أبي يوسف
في جوازه فانه حين ابتلى
بالقضاء وسع كثير استهلا
للامر على الناس (ولو مات
الخصم بنفذ الكتاب على
ورثته لقيامه بمقامه) سواء
كان ناريج الكتاب قبل
موت المطلوب أو بعده
(ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود
والقصاص) وقال الشافعي
في قول يقبل لان الاعتماد
على الشهود (ولنا أن فيه
شبهة البدلية فصار كالشهاد
على الشهادة) وهي غير
مقبولة فيهما (ولان مبناها
على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما)

* (فصل آخر) * قال في
النهاية قد ذكرنا أن كتاب
القاضي اذا كان سجلا اتصل
به قضاؤه يجب على القاضي
المكتوب اليه امضاؤه اذا
كان في محل مجتهد فيه
بخلاف الكتاب الحكمي
فان الرأي له في التقييد والرد
فلذلك احتج الى بيان
تعدد محل الاجتهاد بذكر
أصل مجملها وهذا الفصل
ليبين ذلك وما يلحق به وهذا
يدل على أن الفصل من تمة
كتاب القاضي الى القاضي
اكن قوله آخر ينافي ذلك لانه
ليس في ذلك الباب فصل قبل
هذا حتى يقول فصل آخر

قال المصنف (بخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجاز أبو يوسف (ويجوز
أيضا قال في الخلاصة وعليه على الناس اليوم اهـ * (فصل آخر) *

والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص الخ) قضاء المرأة جازر عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقدم الوجه أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فتكمل من كان من أهل (٣٩١) الشهادة يكون أهلا للقضاء وهي

أهل الشهادة في غير الحدود

والقصاص فهي أهل

للقضاء في غيرهما وقبل أراد

به ما مر قبل بخطوط من

قوله لأن فيه شبهة البدلية

فانه يدل على أن ما فيه شبهة

البدلية لا يعتبر فيها

وشهادتها كذلك كما سيحكي

وقضاؤها مستغادة من

شهادتها (وليس للقاضي

أن يستخلف على القضاء)

بعضه وبغيره (الآن يفوض

إليه ذلك لأنه قلد القضاء

دون التقليد) أي بالقضاء

(فصار كالوكيل) لا يجوز

له التوكيل إلا إذا فوض إليه

ذلك بخلاف المأمور بأقامة

الجمعة حيث يجوز له أن

(يستخلف لأن أداء الجمعة

على شرف الغوات اتوقته)

وقد يفوت الأداء بقضائه

(فكان الأمر به من الخليفة

إذا نه بالاستخلاف دلالة)

لكن إنما يجوز إذا كان ذلك

الغير مع الخطبة لأنهما من

شروط افتتاح الجمعة فلو

افتتح الأول الصلاة ثم سبقه

الحديث فاستخلف من لم

يشهدا جازلان المستخلف

بأن لا متعذر وعرض عن أفسد

صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه

جازر وهو مفتوح في هذه

الحالة لم يشهد الخطبة وأوجب

بأنه لما أصبح شرعه في الجمعة

(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها وقدم الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كوكيل الوكيل بخلاف الأمور بأقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الغوات اتوقته فكان الأمر به أذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء

(قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للمصومة مع الرجال في محافل الصوم قال صلى الله عليه وسلم لن يبلغ قوم ولو أمرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف (وقدم الوجه) يعني وجه جواز قضاءها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قول قبل لأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهم ما المصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز إلى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكرناه ما يغني عن أن تستعفى وعدم حله والكلام فيم لو وليت وأنتم المقلد بذلك أو حكمها نحصيها ففقت قضاءها موافقا لدين الله أكان ينقض أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعدم موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولا ينها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظر في الأوقاف ووصية على الثأر وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد بخلافه ألا ترى أن تصرفهم بصديق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغير يري نسب مصلى الله عليه وسلم لمن يوليهم عدم الفلاح فكان الحد يث منصرفا للمولين ولهم بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيم لو وليت ففقت بالحق ما إذا بطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الآن يفوض ذلك إليه) فيما ذكرناه إذا صرح فيه بالمنع لم يمنع منه وهذا لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل (ليس له أن يوكل) بخلاف المأمور بأقامة الجمعة حيث جاز له أن (يستخلف) لأنه اتوقته بحيث لو عرض في وقته ما أعنه كان لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان عرض للأعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف مع الخطبة أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن المأمور هناك بأن وليس بمتفتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الأصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز أن لم يشهد الخطبة لأن شرعه فيها صحيح وبهذا الشرع والتحقيق بمن شهد الخطبة تحكم بخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لأنه ملك المنافع لنفسه فكان له عليها بخلاف ولاية القضاء فانما هي أن يعمل غيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لا يكون له أقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضا لأن نبوتهم أبعده الموت وبما يجوز الوصي عن

(قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها وقدم الوجه (وهو ما قال في أول الكتاب فلان حكم القضاء يستغادة من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية (قوله ولا كذلك القضاء) لأن القضاء غير موقت لا يفوت بتأخير غيره عند العذر والجمعة موقنة فتفوت بتأخيرها عند العذر إذا لم يستخلف ومن ولاه ما أمره بذلك مع علمه أنه يعترض له عارض يمنعه من أدائها في

وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة وأرى أن الحاقه بالباقي لتقدم شرعه في تلك الصلاة أولى فتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أي ليس

(قوله والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين القاضي وبين القاضي صاحب النهاية يقولون أن ورد في الفصل الاول يحتاج إلى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية (قوله ونيسل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه نامل قال المصنف (بخلاف المأمور بأقامة الجمعة) أقول قال في الكافي مطلقا أنه أي مطلقا عن الأذن بالاستخلاف

القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفتر بالتأخير عند العذر فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت ففسد رضى بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلفوا (قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى الثاني) عند غيبة الاول (فأجاز الاول جاز) اذا كان من أهل القضاء (كفى الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحض الاول أو أجاز الاول جاز وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا لمسلمين أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لا عثماده على علمه وعمله والحكم الذى حضره القاضى أو أجاز قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتداء كالأجازة في الانتهاء فلم يختلفا في الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية (٣٩٣) القاضى مقيد به (قوله واذا فوض اليه يملكه) أى اذا قال الخليفة للقاضى ول من

ولو قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى الثاني فأجاز الاول جاز كفى الوكالة وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح

المباشرة بنفسه والمودعنى قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى) بغيره فبلغه (فأجاز جاز كفى الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بمحضه أو بغيره فأجازة نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فضولى ابتداء وكيلى انتهاء ولا يتمتع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء وهو كونه ليس بمحضره رأى (واذا فوض اليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثاني نائباً عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ علك عزله أو قال جعلت قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً وفيه خلاف الشافعى وأحمد

الوقت فقد صار راضياً باستخلافه (قوله أو قضى الثاني) أى بغيره الاول فأجاز الاول كفى الوكالة فان الوكيل اذا وكل غيره ولم يأذنه له الوكيل في ذلك فقد وكيلاه بمحضه أو بغيره حضرته وأجاز الوكيل الاول جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد وجد فان قبل الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وانه لا يملك الاذن فى الابتداء فلما اذا ملكه فى الانتهاء قلنا الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه اما حكم الذى أذن له القاضى فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وقت نفوذه فلها علمت اجازة القاضى فى الانتهاء ولم يعمل اذنه فى الابتداء واذا فوض اليه ذلك أى الاستخلاف بان قال له الخليفة وقال من شئت كان له أن يولى غيره ويصير الثاني نائباً عن الاصيل أى الخليفة حتى لا يملك القاضى الاول عزله ولا ينزل بموته الآن يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ علك عزله وانما يكون هكذا لان الخليفة انما رضى بتصرفه في ديانة وأمانة والناس يتفاوتون في ذلك ولهذا فلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ماذكرنا الوصى فانه يملك التغيب في غيره توكيلا وايصاء لاننا نقول ان أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يهجر الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع الى الوصى فيكون الوصى راضياً باستعانته من غيره ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضارب حيث ينزل بموت المضارب ولا ينزل وكيل الوكيل بموت الاول لان المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال نهيه عن التصرف في مال المضارب بعد ما صار له

شئت كان له أن يولى غيره (فيصير الثاني نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الآن يقول واستبدل من شئت فملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يعمد الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت وقصر على ذلك كان أمره بالتولية والعزل خلافه واذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمره بما فوض اليه فاذا قال الخليفة قل جرت جعلت قاضى القضاة كان اذا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة الذى يتصرف فى القضاة تقليداً وعزلاً كذا فى النخبة قيسل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلامهما معروض اليه من جهة الغير والوصى يملك التغيب عن غيره توكيلا وايصاء

قال

وأجيب بأن أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يهجر الوصى عن الجرى

على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع الى الوصى فيكون الوصى له راضياً باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التقليد والتعيل المذكور فى التقليد يجرى فيها وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى فيكون توقع افساد فى القضاء أكثر

(قوله وان الحكم الذى ارجع) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الوصى له راضياً) أقول كى لا تغتصب مصلحة (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذكور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذ لم يكن ذلك مكتوباً فى مشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعويل المذكور الخ) أقول يعنى قوله لانه قلنا القضاء دون التقليد

قال (واذا رفع الى القاضي حكم ما حكم أمضاه الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضي بكذا وكذا فنفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عند فاقه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أي المشهورة

كالحكم بحل المطابقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشترط الدخول بابت بحديث العشيلة وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي أو الاجماع كالحكم بطلان قضاء القاضي في المجتهدين أو يكون قولاً لدليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لدليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل للاستثناء فكانه يقول عدم تنفذه اذا كان مخالفاً للدلالة المذكورة بسبب ان يكون قولاً بدليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى غير ذلك امضاه وفيه فائدة ان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فائق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنهما مستندة الى دليل

قال (واذا رفع الى القاضي حكم ما حكم أمضاه الخ) الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولاً لدليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى غير ذلك أمضاه

(قوله واذا رفع الى القاضي حكم ما حكم أمضاه الخ) الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولاً لدليل عليه وفي بعض نسخ القدوري أو يكون قولاً الخ (وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى غير ذلك أمضاه) قالوا انما أعاده لان في عبارة الجامع فائدة تبين ليستفي القدوري احدهما تقييده بالفقهاء فأدناه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي برى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا فيجتمه أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقاً لحكم الاول أمضاه وان كان مخالفاً لا ينفذه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً يعني بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه يختلف فيه أو غير عالم فانه أعم من كونه عالماً بما جاء قاض آخر برى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ الكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الأمر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أيضاً فانه قال اذا رفع اليه حكم ما حكم أمضاه وهو أعم ينظم ما اذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النص صراحة عليه اذا كان مخالفاً وقوله الا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدتين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذه مطلقاً ثم راد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل يجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ والثاني مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عند فاقه لا ينفذ فان النص قد يكون مؤولاً ولا يخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجابه بأنه مؤول بالمذبح لا لانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتماظرين بأنه غير مؤول فاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يرجح أحد القولين على

المضاربة عرضاً ولا كذلك الوكيل الاول (قوله الا أن يخالف الكتاب) كما اذا قضى قاض بشاهدتين فانه يخالف الكتاب لانه تعالى قال فاستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكره كراهة الحكم عليه ولانه قال ذلك أدنى أن لا تزنبا ولا مز يد على الأدنى أو السنة أي المشهورة منها كالحكم بشبوت الحل بنفس العقد بدون الوطئ فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعة لا حتى تذوق من عسلته ويدوق من عسلته أو الاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عند فاقه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجمع عليه الجمهور لا ينفذ بخلاف البعض وذا خلاف ولا اختلاف والمغتر بالاختلاف في الصدر الاول فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ لان الخلاف فيه محتمل عن ابن عباس رضي الله عنهما وقد أنكرت عليه الصحابة رضي الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور عليه (قوله وفي الجامع الصغير) وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى

(٥٠ - فض القدير والكفاه) - سادس) قوى من تلك الثلاثة أيضاً قال في السكاني بان يكون قولاً لدليل عليه أي لدليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خبير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه يختلف فيه أو لا فانه أعم من كونه عالماً بما جاء قاض آخر برى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أيضاً فانه قال اذا رفع اليه حكم ما حكم أمضاه وهو أعم ينظم ما اذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النص صراحة عليه اذا كان مخالفاً وقوله الا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدتين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذه مطلقاً ثم راد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل يجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ والثاني مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عند فاقه لا ينفذ فان النص قد يكون مؤولاً ولا يخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجابه بأنه مؤول بالمذبح لا لانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتماظرين بأنه غير مؤول فاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يرجح أحد القولين على

الاخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد اولاً ولذا
 نمنع نحن نهذا القضاء في بعض الاشياء ويجوز به وبالعكس واقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضاً وان كان
 كثير لم يحكموا بالخلاف في الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء بحل
 من ولد التسمية عند الفخائر عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز ان يمسى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفاً
 للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده
 وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به
 قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما جتمع عليه الجمهور لا يعتبر بخلافه
 البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انه قاعد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد البعض مادون النصف أو
 مادون الكل بل الواحد والاثنين والالم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً اذ ما من محل اجتهاد الا واحد
 الفريقين أقل من الفريقين الاخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يثبوت قط الاجماع لابن عباس
 ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم فالحقهم واحد لا يصير المحل بذلك محل
 اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك
 أولاً والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم
 يسوغوا لا يصير المحل مجتهد فيه قال واليه أشار أبو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لاختلاف ثم
 قال المصنف المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة
 وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الحصاص ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه
 مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أبا علي حنيفة وأبي
 يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلقت الرواية عن أبي يوسف
 وقال شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تنبئ على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند
 أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهم فعن على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم
 أجمع التابعون على عدم جواز بيعهم فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيطلبه الثاني
 وعندهم المسالم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في
 التقويم ان محمد دارى عنهم جميعاً أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في
 الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهادياً قال بعضهم ان للقاضي أن
 يبطل ما قضى به القاضي المسالكى والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض
 الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتباره أنه يختلف بين الصدر الاول لا باعتباره أنه قول مالك والشافعي فلو
 لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى
 أن هذا لا يعمل عليه فان صح ان مالكاً أو أحسنه والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً بالافلا
 ولا شك أنهم أهل اجتهاد وورقة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ يعني
 ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في الذبيرة
 عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها وراة خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان
 على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض تغدق في حبس منهاج
 الشريعة عن مالك في طلقها قضى عليها اربعة أشهر لم ترد ما فاتها اعتد بعه بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض
 ينبغي أن ينفذ لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم
 ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهد فيه اشتباه الدليل لاحقية الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى
 بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بساير تصرفاته ينفي حكمه
 غير ذلك ثم ضاه وقاله رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي مختلف فيه بين الفقهاء والقاضي

والثانية أنه قيد بقوله يرى
 غير ذلك إشارة إلى أن الحكم
 اذا لم يكن مخالفاً لادلة
 المذكورة ينفذ سواء كان
 موافقاً لرأيه أو مخالفاً له
 اذا نفذ وهو مخالفاً لرأيه
 ففيما يوافقه أولى ورأيه
 القدروري ساكتة عن
 الفائدتين جميعاً

بالخلاف وليس الكلام فيه
 بل في القاضي الاول فتأمل
 قوله ورأيه القدروري
 الخ أقول عبارة القدروري
 أعم تتناول ما اذا كان موافقاً
 لرأيه أو مخالفاً وليس في
 عبارة الجامع التنصيص
 على ما اذا كان مخالفاً ويعلم
 حل الموافقة بالاولوية كما
 ذكره الا انه لا يثبت بهذا
 القدر اولوية عبارة الجامع
 من عبارة القدروري قد بر

وكذا لو قضى في حدة أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الأول كونه في مختلف فيه وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة إذا ظهر قوله تعالى في رجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقاً وإن وردت في المداينة العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في بطلان شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسئلة تختلف فيها فالك وعثمان البتي يشترطان الإعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لأن الموضوع موضع اشتباه الدليل إذا اعتبر النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل العمي النص فوجب اشتباه الدليل فيصير العمل محل اجتihad ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ لا يخفى عن مثل ذلك فلا يجوز أن نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أدل المذهب بعينها إذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي أن فلان قاتله وهذا لو ثبت من عدالة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لخالفه السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهراً في حديث حميدة وحويصة نذكره في القسامة إن شاء الله تعالى وبالله العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضاً وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير إذا قضى أن الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفي في الفصول نقلاً عن فتاوى وشيخ الدين الزوج الثاني إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فترجى الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بهذه النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مسانعة وهو صريح ثم طاقتموه من قبل أن تمسوهن فإسالك عابهن من عدة تعتدونهن وهو أيضاً مذهب فرولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصير متفقاً ولو قضى بنصف الجهاز فبين طاعت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهز لا ينفذ لأنه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المهر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض أنه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بامرأته فقضى باقرار البنت به نفذ وحكي في الفصول فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافاً عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبهية السلم في الحيوان ينفذ وينفذ القرعة في رقيق أعتق الميت وأحدهم وبالشهادة لبيته وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر ينفذ وبشهادة شهود على وصية تختوم بمقتضى غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبهية النكاح الموقت بأيام ينفذ ولو عقداً موقناً بالفظ المتعة نحو متعني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برده وجهه بالعيوب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بهية رد الزوجه ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا ينفذ ولم ينفذ وكذا إذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالجهتد فيه أما إذا كان نفس القضاء مجتهداً فيه فهذه فريعات منه وأصله أن الخلائق إذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على أمضاه قاض آخر فإن أمضاه ليس الثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعني قضاء الأول وعليه فرع إذا قضى بالخبر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقيق الخلاف في القضاء فيترفع على أمضاه قاض آخر وقبل أن يعضيه الثاني نقضه لأنه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لأمه أنه يشهد بدين فاقضى الثاني مخبرين أن يجيزه أو برده لأن الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدث أو الأعمى وأما قضاء السلطان في أمر فلا صح أنه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الخبر في حصة نقض الثاني أن قضاء الأول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ

الاخر يرى غير ذلك ومع ذلك أمضاه ولم تكن هذه القادة في رواية القدوري فلهذا جرح بين الرايتين هذا ذاب في أمثاله

(والاصل) في تنفيذ القاضى ما رفع اليه اذ لم يكن تخالفا لادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى فصلا بمجتهد فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) فان كلامهم يحتمل الخطأ (وتدريج الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بمصادونه) درجته وهو ما لم ينصل القضاء به والقتال أن يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع من مجتهد الاصله ويمكن أن يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفع من أصل بالفرع اذ الشئ المساوى للشئ في القوة (٣٩٦) لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والا لاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن

عمر رضى الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رضى الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضى الله عنه أحد الخصمين فقال ان زيدا قضى على يأمر المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقضى لي فقال عمر لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة ورجحه الله وان كل عامد افيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل النسب ان أيضا بطريق الاول (أنه ليس بخطأ يبين)

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا بمجتهد فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد رجع الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بمصادونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة ورجحه الله وان كان عامدا فغير وابتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ يبين قضاء الثاني باطلا عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضى الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وتدرج الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاده ودونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا فغير وابتان) عنه (وجه النفاذ أنه ليس بخطأ يبين) لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهما خطأ يبين فسكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه ينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده غير حق عبث فلا يعتبر كمن انتهت عليه القبلة فوقع تحريه الى جهة فوصل الى غير ما لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذلك اذا هو به أخذ شمس الاثمة الا وزجندى وبالأول أخذ العذر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما فعله القضاء من الارسل الى شافى ليحكم بطلان البين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضى المرسل يرى بطلانه كالشافى والا كان مقلدا لغيره. ففعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لرأى الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا حكم شرعي بما يخالف رأى على كثير وهو يعلم ويوافق كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقطل صلح عن عمر رضى الله عنه انه قد ألد بالدرء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم قى المضى عليه عرفسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس ههنا نص والرأى مشترك وغير ذلك وتحققة أن القاضى المرسل يقطع بان ما فعله القاضى المرسل اليه ما موربه من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله

(قوله والاصل أن القضاء متى لاقى فصلا بمجتهد فيه ينفذ ولا يردده غيره) فقد صرح عن عمر رضى الله عنه انه لما كثر أشغاله قلدا القضاء بالدرء رضى الله عنه فاختصم اليه رجلان في شئ فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضى الله عنه الملقى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه لقضيت لك فقال الملقى عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس ههنا نص والرأى مشترك وروى عن عمر رضى الله عنه انه قضى في حادثة بقتضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقبيل في ذلك فقل تلك كما قضينا وهذه كالمقضى ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيانتها ومن صيانتها أن لا ينقض ولا يعترض عليه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة ورجحه الله وان كان عامدا فغير وابتان ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ يبين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه برحمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ

(قوله لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقاد المذهب الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبائى وقد صرح ان عمر

لما كثر أشغاله قلدا القضاء بالدرء وساق القصة قال المصنف (وان كان عامدا فغير وابتان) وعندهما أقول قال النسبى في السكا وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اه قال ابن الهمام الوجوب في هذا الزمان أن يقتضى بقاءهم لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله لاهوى باطل لا لقصده جليل ثم قال وأما الناسى فلان المقلد ما قلده الالحكم بمذهبه لا بمذهبه غير وهذا كما في القاضى المجتهد وأما المقلد فانما ولا له حكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك مخالفا فيه فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه (قوله بطريق الاول) أقول وجه الاولوية أن التعميد يكون لهوى باطل بخلاف النسبى

لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعمامة المجتهد اذا وجبه عدمه أنه رعم فساد قضائه وهو مؤاخذ برعمه (وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به برعمه قال المصنف (وعليه الفتوى) قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون
مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أردنا أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من
الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم الحاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخره ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل
وضلال وباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذ كما مر فان نقضه (٣٩٧) فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء

الاول ويبطل الثاني لان
الاول كان في محل الاجتهاد
وهو نافذ بالاجماع والثاني
مخالف للاجماع ومخالف
الاجماع باطل لا ينفذ والمراد
من مخالفة الكتاب مخالفة
نص الكتاب الذي لم يختلف
السلف في تأويله كقوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم ممن النساء فان
السلف اتفقوا على عدم
جواز تزوج امرأة الاب
وطريقته التي وطئها الاب
فلوحكم كما يجوز ذلك
نقضه من رفع اليه (والمراد
بالسنة المشهورة فيها) كما
ذكرنا (والمراد بالجمع عليه
ما اجمع عليه الجمهور) أي
جسد الناس وأكثرهم
(ومخالفة البعض غير معتبرة
لان ذلك خلاف للاختلاف)
فعلى هذا اذا حكم الحاكم على
خلاف ما عليه الاكثر
كان حكمه على خلاف
الاجماع نقضه من رفع اليه
وينبغي أن يحمل كلام
المصنف هذا على ما اذا كان
الواحد المخالف من لم يسوغ
اجتهاده ذلك كقول ابن
عباس في جواز بالفضل

وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما
ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس
الثابت في نفس الامر لكن القطع بان المكاف به منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف
حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لان يحكم بما
أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به
أو حكم به عليه واقصا المصنف على وجه التفاضل لانه المرجع عنده هذا عند أبي حنيفة وعند غيره
الوجهين (يعني وجه النسيان والعمد) لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه ببسبر
تأمل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قوله ما روى في الفتاوى الصغرى أن الفتوى
على قول أبي حنيفة فقد اختلفت الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقوله المالك ان التارك للمذهب عمدا
لا يفعله الا لهوى باطل لا قصد جيل وأما النامى فلان المقاد ما قلده الا يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كما في
القاضي المجتهد فاما المقلد فاما ولده لم يحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا علة لمخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى
ذلك الحكم هذا في بعض المواضع ذكرنا خلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهب وقال وجه من قال
بالجواز أن القاضي ما مور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن احكم بينهم بما
أنزل الله الآية وتواضعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد ما مور بالعمل بمقتضى ظنه
اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هناليس الاقضاء بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه لم يحكم هو
فانه لم يحكم فيه شيء هذا من تمة اليمين المضافة انه اذ فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد
ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكم عن برهان الاثمة يكون الوطء حلالا لو كانت اليمين كل
امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى القسم في كل امرأة ذكر فيه
خلاف عند أبي يوسف وعند محمد لا وفي المتن ذكرنا أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج
واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأة ببطلان
اليمين الواقعة معا لقام غير قيد فسحها في حق تلك المرأة وسند كرفي أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب

عنده وعليه الفتوى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي
حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفي الفصول بحال الى المحيط والخبره اذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم
بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوز وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه
قال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب (قوله وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة
لبعض وذلك خلاف للاختلاف) يقال جمهور الناس أي جملهم وأكثرهم يعني أن الاجماع يقع باجماع
أكثر أهل الاجماع على حكم وان كان الأقل منهم يخالفهم لان العبرة لا أكثر هذا بظاهره بخالف ما ذكره في

فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحدوا نكروا عليه فاذا حكم كما يجوز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ
له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشترط حجب الامن من الثالث الى السادس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها
ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به كما لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الاثمة وأعله اختيار المصنف ولا يحمل
على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لان نقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمجتهد الاختلاف في الصدر الاول) معناه أن
الاختلاف الذي يجعل محل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي
أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم علمه من الصدر الاول ورفع ذلك الى الحاكم لم يرد ذلك كان له أن ينقضه

قال (وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحرير الخ) كل ما قضي به القاضي بغيره في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضي بإحلال لكن بشرط (٣٩٨) أن تكون الدعوى بسبب معين كزنا أو بيع أو طلاق أو عتاق لاني الاملاك المرسلة

باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحرير فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضي بإحلال

التحكيم (قوله وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحرير فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام ان كان الشهود الذين قضي بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضي بإحلال) يكون حلالا عند الله

نسخ أصول الفقه أن الاجماع لا ينبغي مخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هم هذا لا يكون اجماع لان ذلك المخالف لو كان حيا لم يحل لم ينفع اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لا دليل له لا بحياته ولا بجهته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على أن الاجماع لا ينبغي مخالفة اجماع المخالف حيا وان كان واحدا وذكره شمس الاثمة السرخسي رحمه الله في أصول الفقه وكان السرخسي رحمه الله يقول بشرط الاجماع أن يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع أكثرهم على شيء ومخالفتهم واحد أو اثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله أيضا لان النبي عليه السلام قال أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم قلنا فلا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ أصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكور هنا ووجهه أن المذكور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالف الاجتهاد ولم ينكروا عليه والمذكور هنا فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه ويؤيد ذلك ما قاله شمس الاثمة السرخسي رحمه الله في أصول الفقه والاصح عند أبي حنيفة ما أشار اليه أبو بكر الرازي رحمه الله أن الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابية رضوان الله عليهم في زوج وأبو بن وامرأه أبو بن بان للام ثلث جميع المال وان لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التفاضل في أموال الربا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى قوله هم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) فقال في الذخيرة انما اعتبر الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبارة الحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المتن يسيرون الى العبرة لاشتباه الدليل للحقيقة الاختلاف ألا ترى أن القاضي لو قضى بإبطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد أو وقصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يري خلاف رأيه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق تنفيذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يباغض الاختلاف فيه وانما طريقه أن القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظر الى اللفظ وانه وان ورد في باب المداينة الآن العبرة عند العموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود نفذ قضاؤه لان المسئلة تختلف فيها فالك وعثمان ألبسقي كانا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهم لان الموضوع موضع اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا يشترط الشهادة (قوله وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحرير فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) فن صور التحريم ما اذا دعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شهود ذرور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله لا يحل لزواج الاول وطئها

وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وفي العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا أو نكحت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة النكاح منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لهما وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا دعت على رجل وأنكر ومنها ما اذا قضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحصل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهد اذنه وبالبيع بثمن قيمته الجارية أو باقل مما يتغابن فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصد او الانشاء هنا يثبت انقضاء فلا يشترط الشهادة وأن البيع يغني فاحش مبادله ولهذا عاكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملكه كالشترع فكان

وهذا

كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع يغني فاحش

لان القاضي يصير منشأ
وانما يصير منشأ في ولاية
الانشاء وليس له ولاية
البيع بعين فاحش لانه
تبرع ومن القسوخ ما اذا
ادعى أحد المتعاقدين فسخ
العقد في الجارية وأقام
شاهدي زور ففسخ القاضي
حسب للبائع وطوها ومنها
ما اذا ادعت على زوجها
أنه طلقها نالوا فقامت
شاهدي زور وقضى
القاضي بالفرقة وتزوجت
زوج آخر بعد انقضاء العدة
حل للزوج الثاني وطوها
ظاهرا وباطنا علم أن الزوج
الاول لم يطلقها بان كان
أحد الشاهدين أو لم يعلم
بذلك وقالان كان عالما
بحقيقة الحال لا يحل له ذلك
الوطء لان الفرقة عندهما
لم تقع باطنا ولم يعلم بها
حسب له ذلك وأما الزوج
الاول فلا يحل له الوطء عند
أبي يوسف آخر اوان كانت
الفرقة لم تقع باطنا لانه لو
فعل ذلك كان زانيا عند
الناس فعدونه وذكر شيخ
الاسلام أن على قول أبي
يوسف الآخر يحل وطؤها
سرا وعلى قول محمد يحل
للاول وطؤها لم يدخل
بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل
سواء علم الثاني بحقيقة الحال
أو لم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منشأ)
أقول الظاهر أن يقال منشأ
منشأ (قوله لانه تبرع)
أقول أي من وجه (قوله
كالنكاح) إذا نزلت بشبهة

وهذا ان كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين (لحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقى الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور وقضى بالنكاح بينهما حل للمدعى وطوها ولها التمكن خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجهده ومنها قاضي يبيع أمة بشهادة زور بان ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشترى بها حل للمدعى وطوها اذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في القسوخ بالبيع والافالة وفي الهبة وايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها نالنا وهو ينكر فقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت باخر حل له وطوها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الأئمة اذا كان عالما بكنب الشهود ومن صور التحريم صى وصبية سياف كبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر خرافا حرمي مسلما وأقام بينة انهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان جع الشهود أو تبين أنهم شهود زور ولا يحل للزوج وطوها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا

ظاهرا وباطنا يحل للزوج الثاني وطنها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني أحد الشاهدين أو لم يعلم بحقيقة الحال بان كان الزوج الثاني أجنبيا وأما على قول أبي يوسف الآخر قول محمد رحمه الله لا يحل للثاني وطنها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطنها وهل يحل للاول وطنها على قول أبي يوسف الآخر قيل لا مع انه لم تقع الفرقة عنده باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيعدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول أبي يوسف الآخر يحل للاول وطنها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطنها لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني الا أن لا يحل للاول وطنها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجده وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطنها وحل للمرأة التمكن منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في قوله الاول وعند محمد وأبي يوسف في قوله الآخر لا يحل لرجل ذلك وهو قول زفر والشافعي رحمه الله ويعني بالنكاح ظاهرا أن يسلم المرأة الى الرجل ويقول سلمى نفسك الى فانه زوجك وبالنكاح باطنا أن يحل له وطنها ويحل لها التمكن فيما بينهما وبين الله تعالى لهما ان شهادة الزور حجة ظاهرا وباطنا فينفذ القضاء به اظاهرا وباطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا فصار كالمشهد كان الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين في قذف والمشهد له يعلم حالهم والقاضي لا يعلم فان قضاؤه ينفذ ظاهرا وباطنا ويكفي في نكاح مشكوكه الغير أو معتدة الغير بشهود الزور فانه ينفذ ظاهرا وباطنا اجبا وله أن القضاء اظاهرا بقدر سابق ولا بد من عقد سابق فيها والاتقدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لتقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما الا قطعان قيل لو كان قضاؤه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليشترط الشهود عند قوله قضيت فلما قد قال شمس الأئمة السر حصى رحمه الله وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده بقوله قضيت الا بحضور الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى حجة قضائه في الباطن وما يثبت مقتضى حجة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عنى على ألف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين في قذف لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم تصر شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر بحجة ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبنى الامر على كون الشهود صدقة عنده (قوله اذا كانت الدعوى بسبب معين) بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل أو ادعى على امرأة نكاحا ما اذا ادعى ملكا مطلقا بان

فاذا دخل بها لا يحل (أقول لو جوب العدة كالنكاح) إذا نزلت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضيقا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجوده والحقبة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحق للقاضي العمل بقضائها وانما العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل (١٠٠) الا ان الشريعة جعلها حجة ضرورية لقطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحقبة وهي البينة وظاهر الحق ولذا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد

الفرع مع أبي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والا كفاء ومن الوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ باطنا واما بغيره فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف ففرض له ما لا يحل وطؤها وان الشهود دلوا عليها عيبا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البينة ونوى واحدة بانه أو رجعية فقضى القاضي بانها ثلاثا أخذ بقول على نفذ القضاء طاهرا وابطنا ثم بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع أشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فاستفتاه بالغي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندى قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد كالمكان للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والاختيار بالراجح متعين وكونه لبراءة الامتناع من القران قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قول واحد وهو قول مالك وأحمد وان كان في البلد غير مخفف فله قولان أحكمهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضيقا للحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اعلى حين استقضاءه على البين لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجهه ولو جب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى به اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بشئ من الشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بشئ من كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا اجبنا فحين قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حرقى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجوده لانه لم يدخل لولا الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول اما ذكرنا أنه جعل شرطا لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل ادعى جارية بانها مملوكة ولم يذكر السبب وأقام على ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطؤها بالاجماع لان الملك لا بدله من سبب وليس بعض الاسباب أولى من البعض لتزاحمها اذا الملك يشبه نارة بالشراء وأخرى بالارتز وغيره فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا لاسباب ليس في وسع العباد وفي

وأقر بالحق لاحاجة البينة ولا منازعة الا بعد الانكار ولم يوجد فان قال قد علمتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت أجيب بان الشرع أنزله منكرا حلا لامره على الصلاح اذا الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت ان كان عليه دين أو رعا ظالمه ان أراد بسكوته توقيف حال المدعى عن سماع الحقبة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذا الاصل في البين الملك قلنا منوع فان الظاهر من حله الاقرار لان المدعى صادق بظاهر الوجود ما يصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه أيضا وان قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحقبة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالسلازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط وسيأتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم

غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فافترقت الدعوى وان أنكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور ولانه الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر به الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبت الدعوى ويدعى الاداء ويثبت او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل القوائد (قوله فاما اذا كانت شرطا الخ) أقول فيه نامل ثم الظاهر أن يقال اذا كان بدل قوله اذا كانت (قوله وبانه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما فعله قضاة زماننا حيث يسلون المدعى عليه مع المدعى الى القاضي السكاتب اذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار بالخ) دليل آخر على المطالب والضمير للشأن ويجوز ان يشتبه في وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشأن يحتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهم مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود وعند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من المبرع أن الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وله اوان أقر بها الرجل لم يأخذها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدلت الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى فانه لا يفصل بين كون انطعم حاضرا أو غائبا أو بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان أباسفیان رجل شحج لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفیان ما يكفيك ولذلك ما مهر وفقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب أجبتاه عن الحديث الاول بانه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه إقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر (١٠١) ليس على المدعى إقامة البينة ليس بعمل

للتزاع وانما النزاع في أن القاضى هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلى حين بعته الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذى وقال هذا حديث حسن وعن حديث هذبان عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفیان ألا نرى أنها لم تقسم البينة (قوله لو انكر ثم غاب فكذاك) يعني لا يقضى القاضى في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهم مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون ثابتا فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه ابالانظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا لانه غير منكور وما قيل وقف البينة على حضوره غير مقيد لانه اما أن يقرأ أو ينكر وعلى الوجهين المدعى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فبطل حكم البينة أولا فيقطعن في البينة ويثبت أولا لا يعطى عليه فيضقى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فمن اشترى جارية النكاح أو الشراء يقدم النكاح أو الشراء اقتضاء تعميما للقضاء والقاضى ولا ينعى على أن ملكه بذلك السبب في الجلة فينفذ قضاءه باطنا وفي الهبة والصدقة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله وفيما اذا ادعى شراء الجارية بائنا من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطنا فيه تبرعا بمقدار الغبن وقال بعضهم ينفذ باطنا عنده كفى سائر المبادلات (قوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء) فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينة مع أن سكوتة محتملة للاقرار قلنا لان القاضى يجعل سكوتة عن البين اقرارا وبذلك للحق (قوله لان أحكامهم مختلفة) أى احكام القضاء مع البينة عند الانكار وأحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة وعلى الاصل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بيبانه رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وله اوان أقر بها لم يأخذها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله ومن يقوم مقامه) أى قوله في

(٥١ - فتح القدير والكفاية - سادس) انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سائق (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بان الاستصحاب يصلح للرفع للائذيات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر ان الغائب على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكمه حاضرا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر أو القاضى كما اذا أقام وصييا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) اقول فيه بحث فان الجلة بعده تحتمل ضميره الا ان يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز ان يشتبه الخ) اقول واتى بضميره في الاول والاخصار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا ان جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) اقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) اقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاكم الخ) اقول كانه يشير الى ان المضاف مقدور قبل قوله ومن يقوم مقامه أى وقيام من يقوم

أو شرطاً لحقه فان كان سبباً لازماً سواء كان المدعى واحداً كما اذا ادعى داراً في يد رجل أن ملكه وأنكر ذلك فقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو ملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المال سبب للملك لا للاحالة (٤٠٢) أو شئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود

بأنه كالكيل أو بأبواب الشرع كالوصى من جهة القاضي

فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينه يأخذها وله أو ولدها ولو أقربم الرجل لم يأخذها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينه ترجع الباعة بعضهم على بعض وماذا كرهنا فيمألو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم به لان انكاره سمع نصاً فوجد شرط بحيثها كالأقرب ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينه ويقضى بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يقضى بالبينه والاقرار على الغائب جميعاً ثم وجع لما تبلى بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظ الاموال الناس فاذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فنقوم مقامه أحد ثلاث نائب بآبائه كوكيله أو بآبائه الشرع كالوصى من جهة القاضي وقد يكون حكماً يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً أي يكون قيامه عنه كالأمر لازم له واقتصر المصنف عليها نقلاً للمصنف من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلاً غير شخصه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناه الى باب داره فينادى على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليك أماناً غير ذلك الموضوع فلا وذ كر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله يطلب كل حق له على غريمائه بالكوفة بالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الانعة السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينبغي لا ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفيه منعه وذخاير زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب الا أن مع هذا لو وكل وكيلاً ونفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحذور في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسألة تجب في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذواليد فالقاضي لا يأمر ذا البدن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء ما قراره وهي بحية لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر أول المسألة الا أن يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه أن يكون بآبائه كوكيله أو بآبائه الشرع كالوصى من جهة القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي مسخر عن الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه

عليه هما عبد فلان الغائب فقام المشهود له بينة أن فلان الغائب اعتقه ما هو عليه كما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيطان المال على الحاضر والعق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا للاحالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصماً عن الغائب لان المدعى شئ واحد في الاول أو كشئ واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسينية وأما أن يكون المدعى شياً واحداً أو شئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشئ اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازماً احترازاً عما اذا كان سبباً في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب كما اذا قال رجل لاسراء رجل غائب ان زوجك فلان الغائب وكنتي

وقد

أن أجلك البه فقالت انه كان قد طلعتني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق

قصر يد الوكيل عنها في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلاً بالجل قبل الطلاق

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جزاءه فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً

وقد يوجب بان كان وكيل بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق علاجهم فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى (٤٠٣) بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل

عن التعيين وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطاً لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كن قال لا مرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأته الحالف عليه أن فلان طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلامعتبر به في جعله خصماً عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندى أن البينة تقبل ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال اعتبره السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان الاعتبار توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصب وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضي لان كلامه فين يقوم مقام الغائب والمسخر

وقد يكون حكماً بان كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب أما إذا كان شرطاً لحقه فلامعتبر به في جعله خصماً عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجدها ثمرة وأما الثالث فإذا كان ما يدعى على الغائب سبباً للاحالة لما يدعى على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان) ما يدعى على الغائب (شرطاً لحقه) لاسيما للاحالة أو قد يكون سبباً وقد لا يكون (فانه لا مغتبر به في جعل الحاضر خصماً عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب الملزوم للاحالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئاً وثلاث فيما يكون واحداً أما ثلاث الواحد احدها ادعى داراً في يد رجل أنهما ملكهما وأنكر ذوال اليد فقام البينة أنهم ادراه اشتراهما من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى به في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للاحالة للملكه والثاني ادعى على آخر أنه كف عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقدم المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى به على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالث ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذوال اليد ادارى ما اشترى يتها من أحد فقام المدعى البينة أن ذا اليد اشترى من فلان الغائب بالف وهو يملكها وأنشعبها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احدها قذف محصناً فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبيد على حد العبيد وقال المدعى المقدوف بل أعتقتك مولاً فعليك حد الاحرار والمولى غائب فقام البينة على ذلك تقبل هذه

(قوله حكماً) أى من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر أى سبباً للاحالة كما اذا ادعى داراً في يد رجل أنهم ادراه اشتراهما من فلان الغائب وهو يملكها وأنكر ذوال اليد وقال الدار ادارى وأقام المدعى البينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب لان ما يدعى على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للاحالة وكما اذا ادعى على رجل انه كف عن فلان بما يذوب له عليه وأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق فقام المدعى عليه البينة أنه ذاب له على فلان ألف درهم فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره وكما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذوال اليد ادارى ما اشترى يتها من أحد فقام المدعى البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفعها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب جميعاً اما اذا لم يكن سبباً للاحالة لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني أن أحلك اليه فقالت المرأة انه كان طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج الى إعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل للاحالة فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيل بالحل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيل بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا انه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالاطلاق والعناق علاجهم ما (قوله) اما اذا كان شرطاً لحقه فلامعتبر به في جعله خصماً عن الغائب) هذا قول عامة المشايخ فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام على البرزوى وشمس الاسلام محمود الاوزجندى ورحمهما الله فلا شرط اعتباراً أيضاً كما للسبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضاً وصورة

لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه اختاره قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التشبيه يدل على خلاف ما ذكره

البينة و يقضى بالعق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق
سبب اكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيطان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه
هما بعد ان الغلان الغائب فاقام المشهود له البينة أن مولاها ما أعنتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة
ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينقض عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل
رجلا بعد اوله و ايمان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا
وأنكر القاتل فاقام المدعى البينة على ذلك تقبل و يقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتهى
بما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر نهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى
قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة
أصلها مع أن اعتاق الغائب نصيبه سبب اقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بان عدم القبول عنده هنا لعدم
الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لان الساكت اذا اختار تضمين المعتق يصير العبد
مكاتباً من جهة المعتق وان اختار الاسماء يصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة
مجهولاً فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبب الاحتمال لما يدعى به على الحاضر بل قد يكون وقد
لا يكون فقد يكون أيضاً شينين وقد يكون واحداً بيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاً وكانى
بمملك اليه فاقام العبد البينة أن ولده أعنتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على
الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثاني رجل قال لامرأة غائب
وكانى زوجها بمملك اليه فاقامت بينة أنه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنهما دون الطلاق ولو حضر
وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادة ثبوتها أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق
والطلاق قد يتحقق ولا يوجد انزال الوكيل بان لا يكون هنالك وكالة وقد يتحقق موجبا لان انزال بان وجد
بعد الوكالة فليس انزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق فن حيث انه ليس سبباً لحق الحاضر في الجلة
لا يكون الحاضر فيه خصم من الغائب ومن حيث انه قد يكون سبباً قبلنا البينة فيها يرجع الى حق
الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرور انزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق
ولان ضرورية تحقق الطلاق والعتاق انزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو
دعوى شينين الآن ما يدعى به على الغائب ليس سبباً لما يدعى به على الحاضر الا باعتبار البقاء فيه في مسائل
احدها قالوا فبين اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوراً جهام من فلان الغائب ولم يعلم
المشتري ويريد أن يرد هاهنا هذا العيب وأنكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لافي حق
الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئاً الرد بالعيب على الحاضر والنسكاح على الغائب والنسكاح المدعى
على الغائب ليس سبباً لما يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوراً جهام فاقام البينة
على البقاء بان شهدوا على انها امرأته لالحال لا تقبل أيضاً لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شرراً فاسداً
اذا أراد البائع الاسترداد فاقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سبباً لابطال حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما
فيعود حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصم في اثبات نفس البيع لم يكن خصم في اثبات البقاء لان البقاء
تبع للابتداء كما ذكرنا الثالث رجل في يده دار بيعت بحكمه اداراً فادعى البائع بان أخذ المشتري بالشفعة فقال
المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انهم اداره اشتراها من فلان الغائب لا
يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئاً والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس

رجل قال لامرأته ان طاق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأته الخالف ادعت على الخالف ان فلان طاق
امرأته و فلان غائب وأقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد أتى بعض
المتأخرين بقبول هذه البينة هذا اذا كان شرطاً بضرره الغائب اما اذا كان شرطاً لا يتضمن ضرراً كقولنا

قال (و يقرض القاضى أموال اليتامى الخ) للقاضى أن يقرض أموال اليتامى ويكتب (٤٠٥) الصلح لاجل تذكر الحق وهو

الاقراض لان في اقراض أموالهم مصلحتهم لبقا الاموال المحفوظة
مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة بحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه لا يقدر على
الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لجزءه عن الاستخراج
سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت لبقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وأز الها عن ملكه بسبب من الاسباب لا
يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا يثبت عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا ماد كروا وأما
ما يكون شرطاً فاعمال المشايخ فيه على أنه لا ينصب الحاضر خصم من الغائب فيما يدعيه وصورة قال لأمراً أنه
ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلاناً طلق زوجته وأقامت البيعة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق
بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين بكفر الاسلام والاو زجندى فيه بانتصاب الحاضر
خصم من الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كقولهم ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائباً والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيما بطل حق له فصار
الاصل ان ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البيعة فيه اذ ليس فيه قضاء على
الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله) ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وهو المسمى في
عرفنا الصلح والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلحتهم) لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه
السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤه المحفوظة على ذلك مضمونة (والقاضى يقدر على الاستخراج)
فكان النظر في الاقراض له بخلاف الوصى فانه لا يقدر على الاستخراج اذ لا يوافقه الشهود ولا يجدهم ولو
وجدتهم فليس كل بيعة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجشورين بدى القضاء نذولاً وصغار فكان اضراراً بالصغار على
الاعتبار (والاب كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولا يثبت من الوصى
لانهم في المال والنفس كولا به القاضى ويترد عليها زيادة الشفعة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض ممن
يؤمن بحجود وعلى هذا قالوا لو أخذ الأب قرضاً لنفسه يجوز وان روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز والجواب
ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتام القدرة على الاسترجاع بعد
وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه بخلاف القاضى فانه لو لم يجد الشهود ولموت أو غيبة قضى بعهده واستخرج ولا
يخفى أن قدرته هذه انما تنفذ مع وجود الملاءة أو ما لو أعسر المستقرض صار القاضى كغيره في عدم القدرة وعن
هذا قال الخصاص ينبغي للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم باخذ منهم
المال قبل أن يعسر فلا يقدر وكذلك كان المستقرض معسراً في الابتداء لا يجوز للقاضى اقراضه وقد انظم
ما ذكرنا حكم القاضى بعلمه وانفصلها عندنا في قول للشافعى أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز
وعن كل منهم رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال ائتمنوا بنيت عتبة نخدي من ماله ما يكفيك
وولدك يا عمر وفي هذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضاؤه انه في المصر الذي هو قاضيه بحق
غير حد خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو طلاق رجل امرأته أو قتل عمداً أو حد قذف وأما اذا علم
قبل القضاء في حق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو عاها في حال قضاؤه في غير مصره ثم دخله فرفعت
اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي الخبر يد جعل قول محمد مع أي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما
يقضى واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضى
في القرية والمغازة لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالى عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد
وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بمحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبي حنيفة

لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة أقامت البيعة ان فلاناً دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه
البيعة ويحكم بوقوع الطلاق عليها (قوله) ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وان أقرض
الوصى ضمن والفرق ان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهائاً له قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المقلد
اشارة الى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولاً لا يكتب عندى ان قوله ذكر الحق علم للصلح كما يفهم من قول المصنف في آخره ماثل شئ

ليس له ذلك
(قوله) ويكتب الصلح لاجل
تذكر الحق الخ) أقول فيه

(باب التحكيم)

واذا حكم رجلان رجلًا حكم بينهما ورضيا بحكمه جاز

لا يفتى وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

(باب التحكيم)

هذا أيضا من فروع القضاة والمحكم أسقط رتبة من القاضي فان القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم فان حقه عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشروط وضافته بخلاف القضاة لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالأصلح وهو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكاتب قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فاقال أبو شريح يارسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عنى الفريرقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخسل فحكم بينهما يزيد بن ثابت فأتياه ففرج بينهما وقال لعمر هلا بعثت الى فاتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته يوثق الحكم عند خلايته فأتى فالتقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول لجورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يزل مني فقال أبي نعمي أمير المؤمنين ونصده ولم يعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التأسيس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدم الى الحكم لليتين لا للتأسيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالغة وقدر روى ان ابن عباس رضي الله عنهما كان يجتلف اليه وياخذ برأيه عند كونه وقال هكذا أمرنا ان نصنع بغيره انما نقبل زيدا يدعيه وقال هكذا أمرنا ان نصنع باشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي أن من احتاج الى العلم يأتى الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لئلا يمتد وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أتاكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس بكبيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالخلف صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لاسرأخروا ان اليمين حق المدعى له أن يستوفى وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (حكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز

لان الاستقراض في العادات من هو غلبس ولهذا حل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأون التوى باعتباره علم القاضي ولتكن من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرع في حق الوصي أو الاب في أصح الروايتين لانه لا يمتنع من الاسترداد فربما يجد المستقرض ولا يجد شهودا يوافقونه على أداء الشهادة فقول وجسد فما كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجوابين يدي القاضي ذل يوغر فكل كان اضرا راجهم فلهمذ لا يملكه وكذا ائلك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي في رواية لان ولاية الاب تم المال والنفس كولاية القاضي وشهقة تمنعه من ترك النظره والظاهر انه يقرضه من يامن بحجوده وان أخذ له الاب قرضه لنفسه قالوا يجوز روى الحسن عن أبي حنيفة وجهما الله انه قال ليس للاب أن يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرغ عليه الخصاص في أدب القاضي فقال ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال اليتيم لو احتل أحد منهم أخذ المال من يده لان القاضي وان كان له استرداد المال شرعا لكن تمكنه من الاسترداد من المورس دون المعسر ألا ترى انه لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم فكذلك لا يترك ماله على الغلبس أيضا

(باب التحكيم)

(قوله واذا حكم رجلان رجلا حكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريد الاصلاح بوق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين

(باب التحكيم)

هذا باب من فروع القضاة وتناخيرة من حيث ان المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقته صار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكاتب والاجماع أما الكاتب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها والاصابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (واذا حكم رجلان رجلا حكم بينهما ورضيا بحكمه جاز

(باب التحكيم)

(قوله وعموم ولاية القاضي) أقول المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدى الحكم الصادر عنه الى غير المختصين كما في صورة القتل خطا وامثاله لانه يجب أن يكون مولى على أحد كثيره من الناس فانه قد يخوض اليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المعينين كالأجنبي الا انه يمكن ان يقال لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

لان لهما ولا ينعلى أنفسهما فصح تحكيمهما واذا حكم لهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة فيما بينهما) واعتبر بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فانما جازان في القضاء دون التحكيم عنده وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الإبراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعاق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه نفوذ يصح (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترطه أهلية القضاء (فلو حكم امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي ان حكمه المسلمون (٤٠٧) وان حكمه أهل الذمة جاز لانه من

أهل الشهادة فيما بينهم وتراضيهما عليه في حكمهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا التحكيم والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما ساقى والغاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيه ما لكن اذا حكم الغاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضى أن الغاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء ولو قلد جاز (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا)

لان لهما ولا ينعلى أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فاشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي والمحدود في القذف والغاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والغاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما

لان لهما ولا ينعلى أنفسهما فصح تحكيمهما) وسند كره لهذا تخصيصات وأهلها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي) لأن يحكمه ذميان لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والغاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والغاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الغاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعنى قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمنا على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيد للخصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فالوجه حكمه في عيب بالمبيع فغضى برده ليس للبايع أن يرد على ما يرضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ برده على الاول ولو اخذهم الوكيل بالمبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله واية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل ورويتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكم عبد افتق أوصييا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرنا الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذمي ذميا يحكم بينه وبين ذمي يجوز لنا ذكرنا (قوله) ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) اذ هما اوليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لهما المصدور حكمه عن ولاية كاهل عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح لاختيار المقام أو لاختيار الفرقة والعصاية رضى الله عنهم كانوا جميعين على جواز التحكيم (قوله) ولكل واحد من المحكمين أن يرجع) فان قبل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا اذا

انه اذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبدا افتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا كمر صاحب الاقضية والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلته في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استعفى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر في باب الجعفة من صلاة المتيقروا واه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استعفى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكو في النهاية ومعراج الدراية أيضا (قوله) ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا تخالف كما توهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فرض الحكم اليه (قوله) فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي الخ) أقول

لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو ما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما أيضاً فان قيل اخرج أحدهما سعي في نقض ما من جهة قلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حيثئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب امضاه لانه) اذا نقض لم يحكم الا بذلك (لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولولم يصح التمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه أبطاله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كونه قد قدم فلا يبطاله الثاني وان خالف مذهب لعموم ولا ينفذ فكان قضاءه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يردده قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص (٤٠٨) الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حق الله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو

(واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاه) لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطاله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمه ما لو هذا لا يعلل كان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر

وبعد ماتم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله) واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاه القاضي لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطاله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطاله الا أن يكون جواراً بينهما فيختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بين ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولا ية الخليفة المقلد بخلاف المولى لانه لا مال ولا ولاية على أنفسهم ما قطا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليد امضاء بمنزلة امضاء لهما على شئ في المجتهدات كان للقاضي أن يبطاله أو ينفذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطاله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم أبطال القاضي اياه بل جواز أن يبطاله وان ينفذه وعبرة بالمسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله) ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاص من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود والخصاص حقيقة تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفاء ما ليس لهما ولا يعلل سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يرد الخصاص أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم المحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولا ينفذ لان بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا) وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر لم يررض أحدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء برضا (قوله) وان خالفه أبطاله) لان اهما ولاية على أنفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأى في هذه الحادثة لو ارتفع اليه فلا يبطاله رأيه بحكم الحكم (قوله) ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاءه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاءهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الخبرية ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فلهما على مكان الاستيفاء بانفسهما فيمكن التفويض الى غيرهما قياساً على سائر حقوق العباد وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز (قوله) وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز

المتعين لاستيفاء ما أو ما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وكوفي الخبرية عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما هما من حقوق العباد فيجوز التحكيم في الاموال وذكر الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه وهذا لا يعلل كان الاباحة وهو دليل اقصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله) وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا

(وتخصيص القصاص والحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالذي اتي في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الحواشي مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتي به ما كان يقول ظاهر المذهب انه يجوز لان الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتي به كذا ينطبق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا

المراد بالكاثر ما عدا الذي بقرينة المقابلة (قوله) وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما (الخ) أقول كالبسيع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاه) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبه ما في ديارنا بغيره الجاهل الحنفى بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما ما مأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه امان يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليه اذ لا
تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف
لنص حديث حمل بن مالك قوموا فودوه كما سيأتي في كتاب المعامل ان شاء الله تعالى (٤٠٩) (قوله الا اذا ثبت) استثناء من

قوله رده القاضي أي رد
قضاءه بالدية في ماله الا اذا
ثبت القتل باقراره لان
العاقلة لا تعلقه وأما ورش
الجرارات فان كانت بحيث
لا تتحملها العاقلة وتجب
في مال الجاني بان كانت
دون أرش الموصضة وهو
خمسمائة درهم وثبت ذلك
بالاقرار والنكول أو كان
عمدا وقضى على الجاني جاز
لانه لا يخالف حكم الشرع
وقد رضى الجاني بحكمه
عليه فيجوز وان كانت بحيث
تتحملها العاقلة بان كانت
خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت
الجدية بالبينه وكانت خطأ
لا يجوز فضاؤه ماصلا لانه
نقضى بها على الجاني خالف
حكم الشرع وان قضى
على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا
بحكمه (قوله ويجوز ان
يسمع البينة) يعني أنه لما
صار حكمه عليهم بالنسبة لهما
جاز ان يسمع البينة (ويقضى
بالنكول وكذا بالاقرار
لانه حكم موافق للشرع واذا
أخبر المحكم باقرار أحد
الخصمين) بان يقول
لاحدهما اعترفت عندي
لهذا بكذا (أو بعدالة
الشهود) مثل أن يقول
قامت عندي عليك بينة

المجتهدات وهو صحيح) وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعنف والكافالة بالمال والنفس والديون
والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنائيات وقطع يدهما بينة عادلة جاز اذا وافق رأي القاضي وعن أبي
حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص
لو استوفى القصاص من غير أن رفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف
بانهم مالا ولا يلهما على دمه ما لو لا لما كان الا باحة يعني لو قال لشخص ائتمني لا يصح أمره ولا يحل للأخر قتله
لا يدفعه وهذا لان المقضى عليه هو الأصل في التحكيم والاخر أعنى الطالب تبسع فكون أحدهما وهو الذي
تتحكم به ليس الاقوى بمالك أن يستوفيه لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر ولا تخول ذلك ما حكم
فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتي به وفيها روى
عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحاد ثلثا أو ثلثي فقيها عسلا فافتاه بطلان البين المضافة
وسعه اتباع فتواه وامسك المرأة المحلوف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استغنى أولا
فقيها فافتاه بطلان البين وسعه امسك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يترزجها
فاستغنى فقيها آخر فافتاه بصحة البين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى ولا يفتواهما وفي الذخير فبين
تزوج امرأة غير ولي فطاعها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما بما يطلان ذلك النكاح وبطلان
الثلاث يجوز وكذا لو حكم بذلك حكم يجوز ولا يفتي به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على
هدم المذهب قال وكذا من تب عن امرأة غيبه منقطع ولم يخالفها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح
لجرح النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا فعلى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة
اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على
العاقلة لانه لا ينفذ رأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطأ (باقراره)

التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكفالات فانما راجع والطلاق المضاف وهو الصحيح الا أنه لا يفتي به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ويخالف للنص) وهو حديث حمل بن مالك أن النبي عليه
السلام قال لا ولياء قوموا فودوه (قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين) يعني لو قال المحكم بينهما لا حد هما
قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدوا عندي وقد أزمك ذلك
وحكمت به لهذا عليك وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت البينة عليه بشئ لم يلتفت الى قوله
ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم مالك انشاء الحكم بذلك في مال الاقرار كلقاضي المولى اذا قال في حال
قضاؤه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدر في ذلك ولا يلتفت الى
انكار المقضى عليه فكذا هنا الا أن يخبر به من الحكم أو بعزله منه قبل أن يقول قد حكمت عليك ثم قال

التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكفالات فانما راجع والطلاق المضاف وهو الصحيح الا أنه لا يفتي به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ويخالف للنص) وهو حديث حمل بن مالك أن النبي عليه
السلام قال لا ولياء قوموا فودوه (قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين) يعني لو قال المحكم بينهما لا حد هما
قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدوا عندي وقد أزمك ذلك
وحكمت به لهذا عليك وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت البينة عليه بشئ لم يلتفت الى قوله
ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم مالك انشاء الحكم بذلك في مال الاقرار كلقاضي المولى اذا قال في حال
قضاؤه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدر في ذلك ولا يلتفت الى
انكار المقضى عليه فكذا هنا الا أن يخبر به من الحكم أو بعزله منه قبل أن يقول قد حكمت عليك ثم قال

(٥٢ - فتح القدير والكعابه) - سادس) لهذا بكذا فعدوا عندي وقد أزمك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر
المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم مالك انشاء الحكم عليه بذلك
(قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا ولا وجه للتقيد بالاقرار والنكول (قوله ونفذ
أزمتك ذلك الح) أقول انشاء الزام والحكم أيضا

(إذا كانا على تحكيمهما) فهلك الانبار كالعاقبي المولى اذا قال في قضائه لئنسان قضيت عليك هذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم) مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق لانه اذا حكم صار معز (٤١٠) ولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالعاقبي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم

وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لا يوبى به وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لان كان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادتهم عليهم لان قضاء التهمة فكذا القضاء ولو حكر جليلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراى والله أعلم بالصواب

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

حينئذ يجوز قضاءه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تملك القتل الثابت بالاقرار وكذا لا تقبل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لاتعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارض الموضوعة وهو خسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عداوان بلغ خسمائة فتقتضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث تخملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلاً لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي ببينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكار المقتضى عليه أن يكون أقرأ أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالعاقبي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الا أن يخرج به المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالعاقبي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لا يوبى به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته (باطل لان كان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لا تتقاضي (قوله ولو حكر جليلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الراى) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لمسا ذكرنا من انظر الهمافا لخصما سائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا وحر لم يجز ولو حكم مسلم ومردو حلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهم ما ولو الأمر جلان يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالعاقبي ولو أمر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فخرج به القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما جازا جاز وليس للحكم أن يغرض الى غيره ولو فوض وحكم الثانى بالارضهما فاجاز القاضي لم يجز الا أن يجيزه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثانى ولو حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جوا وبطله وكتاب الحكم الى القاضي وقبلة لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب

(مسائل مثورة من كتاب القضاء)

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

الحكم بعد ذلك لم يصدق

قال

وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالموارث والرحم وأنه لجدير بالتأخير

(مسائل شتى من كتاب القامى) (قوله مسائل شتى أى متفرقة من شتى شتى) أقول بل من شتى شتى ما وشىنا ما وشىنا اذا فرقتا

الحاكم لا يوبى به وولده وزوجته باطل لان أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء لا غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكر جليلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراى) فلو حكم أحدهما لا يجوز لانهما انما راضيا برأيهما ورأى الواحد ليس كراى الشئ ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

مسائل شتى أى متفرقة من شتى شتى اذا فرقتا ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو مثورة أو متفرقة قبل

لاصحة (واذا كان علول رجل وسفل لا تحرف ليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنية بما لا يرضى صاحب السفل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا جاز لسلك واحد منهما أن يضع مالا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله (يعني أن أبا حنيفة إنما يمنع عما منع إذا كان مضر أو أماً إذا لم يكن مضر فلا يمنع كما هو قولهما فسكان جواز التصرف لسلك واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فضلاً عما عليه لأن (٤١١) التصرف حصل في ملكه فيكون المنع

بعله الضرر لصاحبه (وقيل)

ليس ذلك بتفسير له وإنما

(الاصل عندهما الإباحة

لأنه تصرف في ملكه والمالك

يقتضي الاطلاق) فلا يمنع

عنه الأضرار الضرر فإذا

لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق

(و) إنما تظهر ثمرة الخلاف

(إذا أشكل) فعندهما (لم

يجز المنع) لأن الاطلاق

يبقي واليقين لا يزول

بالشك (والاصل عنده الحظر

لأنه تصرف في محل يتعلق

به حق محترم للغير) وهو

صاحب العلولان قراره

عليه ولهذا يمنع من الهدم

اتفاقاً وتعلق حق الغير

بملكه يمنع المالك من

التصرف كما يمنع حق المرءن

والمستأجر المالك من

التصرف في المهرن

والمستأجر (والاطلاق

بعارض) وهو الرضا به

دون عدم الضرر فتأمل

(فاذا أشكل لا يزول المنع)

لما ذكرنا

(قوله على أنه لا يعرى

عن نوع ضرر بالعلو من

نوهين بناءً أو نقضه

فيمنع عنه) استظهار على

المنع لا فائدة ما قبله ذلك

قال (واذا كان علول رجل وسفل لا تحرف ليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال لا يصنع مالا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه قبل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضي الاطلاق والحرمه بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق المرءن والمستأجر والاطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من نوهين بناءً أو نقضه فيمنع عنه

(قوله وإذا كان علول رجل وسفل لا تحرف ليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفلته لمسا فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو (وقال لا يصنع مالا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعاً أو يشرع كنيه أو الكوة بفتح الكاف ويقال وتداولاً يتدبه من باب ضرره (قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا مالا ضرره (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك في الاشتراك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً ما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في التضرر به كدق الوند في الحدار والسقف فعندهما لا يمنع لأن (الاصل) فيه (الإباحة) لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع) لأن اليقين لا يزال بالشك كإلزام نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخته (وعنده الاصل الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه كالمرءن والمستأجر وتعلق به حق المرءن فيمنع الراهن من التصرف فيه وذلك كرشح الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضاً إذا أشكل تصرف صاحب العلو يضر بالسفل أو لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار أنه إذا أشكل لا يملكه وإذا لم يضر بملكه وذلك كرفاضة لوجدهم صاحب السفل في ساحتهم بغير ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة ذلك وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم بالول بعله الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه

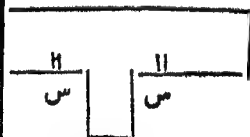
(قوله ان بنى على علوه) يعني زيادة على ما كان (قوله قبل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني ان أبا حنيفة رحمه الله إنما يمنع صاحب السفل عن أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة لأن صاحب العلو متضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما فسكان جواز التصرف لسلك واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فضلاً عما عليه (قوله يتعلق به حق محترم) أي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع واجبا وهذا لان المنع تقوم المنفعة دون العين والاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جارية فكان ضرر الاطلاق راجحاً (قوله على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو) إشارة إلى أن القياس قول أبي حنيفة رحمه الله فوجب منه

(قوله وإنما تظهر ثمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الاشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول وفيه بحث يظهر من محاضرة السبائك ألا يرى أن المراد أشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى البناء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صوره أمر بالتأمل تنبيهاً على أن عدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض لعدم ليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى أن يفتحو بابا في الزائفة القصوى) لان فتحه لا مرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لا هلهلها خصوصاً حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا أصل كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما ما يغير أمر شريكه فهو متطوع لانه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنه بينهما امتنع أحدهما عن كرية وكري الآخر أو سقيفة تتخوف الفرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فاصلهما أحدهما أو عبدهما مشترك جنى ففدا أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كعلول رجل وسفل لا آخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعاً لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطر البصل الى حقه واذا بناه وبني عليه عاوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلاف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه فسيمة الساحة لين في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته فالرد كالحصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علم ببناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعاً وكذا اذا انهدم بعضهم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعاً وفي فتاوى النسب في دار الجارين سطح أحدهما أعلى ومسبل ماء العلية على الآخرى فارد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبنى عليه ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسليم مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلل وبين حق التسليم حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيًا وفي الاقضية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك أن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر أن كان أس الحائط عر يضامه أن يبنى حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه ان لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة جرع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضل لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو جمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الحصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطراً في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطراً في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فبر جرع بالقيمة ولو كان الحائط محصياً فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء المجبر على البناء الاخر كولو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولا هل السكة ضرر ولا نه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادراً على البناء يجبر على البناء قيل والاصح لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن (قوله) وان كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة (يعني المنشعبة) فليس ل) احد من (اهل الزائفة الاولى) اذا كان له جدار في الزائفة المنشعبة (قوله) واذا كانت زائفة مستطيلة ينشعب عنها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة (أي الزائفة الثانية المنشعبة ولا

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تشعب عن غيرها أو يسار هامشها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائفة الاولى أن يفتحو بابا في الزائفة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيه الاهل خاصة لكونه غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا لا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قبل المنع من المرور ولا من فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم
 فرفع بعضه أولى ولهذا الفتح كوة أو بابا لا تستضاء دون المرور ولم يمنع والاصح أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكن المنع من المرور وفي كل ساعة
 ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد وبما يدعى الحق في القصى بتركيب (٤١٣) الباب ويكون القول قوله من هذا

الوجه فيمنع وكلام المصنف
 ليس فيه ما يدل على أن
 الزائفة الاولى غير نافذة وقد
 صرح بذلك الامام النعماني
 والغيبه أبو الليث اذا
 جعلت الضمير موضوعا
 موضع اسم الاشارة حتى
 يكون تقديره وذلك غير
 نافذة فيجوز أن يكون حالا
 من الزائفة بن جميعا لان
 الاشارة بذلك الى المثنى
 والجمع صحيحة فيكون من
 قبيل قوله تعالى قل أرأيتم
 ان أخذ الله منكم وأبصاركم
 ونظم على قلوبكم من الله
 غير الله يأتمكم به أى بذلك
 على أحد الوجهين وان
 كانت الزائفة القصى
 مستدرة قدر لظرفها
 يعنى سكة فيها عوج حتى
 بلغ اعوجاجها رأس السكة
 والسكة غير نافذة فكل
 واحد منهم أن يفتح بابا في
 أى موضع شاء لانها سكة
 واحدة اذهى ساحة
 مشتركة لكل واحد منهم
 حق المرور في كلها ولهذا
 يشتركون في الشفعة اذا
 بيعت دار منها هذه الصورة



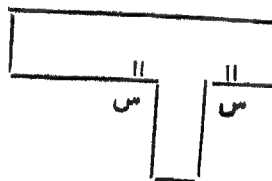
(قوله فيجوز أن يكون
 حالا الخ) أقول الجواز

لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة)

صحيحة بتأويل ما ذكر

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور ولا من فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح
 ن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكن المنع من المرور وفي كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصى
 بتركيب الباب (وان كانت مستدرة قدر لظرفها فلهم أن يفتحوا) بابا لان لكل واحد منهم حق المرور
 في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائفة المنشعبة وهذه صورتها



والذي يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك
 لان فتحه للمرور ولاحق لاهل الزائفة الاولى في المرور وفي الزائفة القصى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا
 لو بيعت دار في القصى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف أهل القصى فان لاحدهم أن يفتح بابا
 في الاولى لان له حق المرور فيها (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال
 بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن
 يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص مجمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح
 لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الطريق فيخرج ولانه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا
 في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب بهذا النقص مدعى حق المرور ويكون
 القول قوله لا يظهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستدرة فلهم أن يفتحوا لان لكل منهم
 حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا
 بيعت دار منها) وهذه صورتها



وفي الحيطان رفاق غير نافذة أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ طينان ترك من الطابق قدر الممر للناس
 ورفعه سريعا يفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا
 مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على سائطه أو حفر سربا تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره

فرق في الاولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة في أن لاق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة
 نافذة لان المرور فيها حق العامة فلا لاهل الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام النعماني رحمه الله سكة طويلة
 غير نافذة في أسفلها من جانب اليمين أو الشمال رقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من أهل السكة أن يفتح
 بابا على جداره من الزائفة لانه لاحق له فيها (قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصى) بتركيب الباب لانه
 اذا فعل ذلك وتقادم العهد وبما يدعى الشركة في الطريق في تلك الزائفة ويستدل على ذلك بالباب المركب
 ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه

للمشتري أن يأخذها برفعها إلا إذا شرط بقاءها عند البيع وكذلك لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل
مقابلة لبابه ونصب عليها على وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بازالتها إذا شرطها ولو أن لرجل
حائطاً ووجهه في دار رجل فأراد أن يطبق حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخول دار الرجل وأنهم لم يوافقوا
نقضه في داره فأراد أن يدخل إلى البيت وشيخه فمعه صاحب الدار وأوله يجري ماء في داره فأراد حفره وأصلحه
ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له أما أنت تركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك كذا
و روى عن محمد بن وهب أنه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة
فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وأن يتوضوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لم يروهم
ولو عطل بها أحداً يضمن ولو حفر الأرض يؤمر أن يسد ويمهأ فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذلك لو كان
الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة
الدار ورجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع بناءها وأراد ألا يخرمها وقال تسد على الريح
والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حائلاً وتزور أو أن كف عملاً يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك
ولو فزع صاحب البناء في عابو بنائه بأب أو كذا لم يكن لصاحب الساحة منه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه
ما يستعمله ولو اتخذ بئر في ملكه أو كذا ساء أو بالوعة فترمها حائط جاره وطلب جاره منه نحو يله لم يجبر عليه
فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً
شكا إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فنجست البئر
فكسبها صاحبها ولم يفتع الخافر بل هداه إلى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام طهسير الدين
المرقيني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغم والجيران يتأذون من نثر السرفين ولا يأمنون على
الرعاة ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئراً فترمها حائط جاره ليس له منعه قال
في فصول العمادى نقلاً عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره
تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه الظاهر الرواية لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء
ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فامتنع عن الانتفاع بملكه ولم يتف
عليه ملكه ولا منفعة فصار كمن لم يكن له حصة يستغل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن قصر به
الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة الرواية لها في الكتب ومصرها بالقارسية
في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء
ويجعله ذات سقفين قال في الفتاوى الصغرى إن كانا في القديم بسقف واحد لا تخران منعه وإن كانا بسقفين
فليس له منعه قال وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما قام أحدهما
البيتة على أنه قديم والاخر على أنه محدث فبيتة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال
في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذات سقفين
ومنعه من الانتفاع به وملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين
يريد أن يمنع من الضوء والضوء من الحوائج الأصلية وفي مسئلة الأصل بمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج
الزائدة انتهى وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع
كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحوها وطبع ينتشر به دخان قد يعجز في خصوص أماكن
فيتمضرر به جيران لا يطبخون لغرفهم وما جرت بهم خصوصاً إذا كان فيهم مريض يتضرر به وكذا إن يملك من
الضرر بقطع الشجرة المسلموكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى إلى عدم
بيت الجار ونحوه من الضرر والبين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت
مجاورة للور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحي للطحين أو مدقة للقصار من يمنع منه
لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً قبل وأجمعوا على منع الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحي من

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار يدور جل ادعى عليه آخرا له فيها حق أو أنكره ذواليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار وسبأ الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلوم مقدار شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئا لم تصح دعواه أجاب بان المدعى وان (١٥٤) كان مجهول ولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تقضي الى المنازعة والمنازع منها مأفوف في المبالغة والقتال أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مائة صحة الدعوى أولا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على إنسان شيئا لم تصح دعواه ذكره في النهاية ناقل عن الفوائد الظهير يتوان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختصار الشئ الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غايته ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعوا فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده

(قوله فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسان العفو وفيه فساد الصلح أيضا

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار) وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى

ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب المالك ما به المطلق لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدوء وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الخواص الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختار والفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ذكر أن الولي في فتاواه جرة سطلها وسطح جاره متساويان فاحذر جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنع من العودة حتى يتخذ ستران كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع اسكن يقع اذا كفوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادى وعلى قياس المسئلة المتقدمة هي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع في دار جاره ألا ترى أن محذور جهالة المدعى جعل صاحب الساحة حقيق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله ياخذ جاره ببناء السطرة أن يشترك في بناءه الا أن يستعمل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان درابيزر جلين قسمها وقال أحدهما بنى جارا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببناءه يتخارجان نفقة بقدر حصة كل منهما فيفعله القاضي للمصلحة وتظهيرها في فتاوى أبي الليث جرجس في داره شجرة فمرصادها إذا ارتقاها يطلع على عوران الجار بمنع القاضي منه إذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعته حيث قال المختار ان المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لان هذا جاع بين الحقيقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى)

(قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز) ذكر في بعض ثروح الجامع الصلح غير انما يصح الصلح اذا كان المدعى مع لوما بان ادعى مثلا ثلثا أو ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين أن المدعى ثلث أو ربع أو نحو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لاقتداء اليمين والاقتداء انما يكون اذا توجهت اليمين واليمين انما توجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فلا يكون الصلح اقتداء فان ادعى حقا فيها فأنما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب السيد بالحق فيها حتى تصح الدعوى هكذا قيل ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئا لا تصح الدعوى ولو ادعى عليه أنه اقر به بشئ تصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني وقال بعضهم يصح الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعى لان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعى يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيحقق معنى الشغب والخصام وهذا يدفع بالصلح ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امرأة وهي تنكره فصالحته على مال جاز بالاتفاق وان لم يستخاف عند

و يجاب بان المفسدة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذا ليست كذلك لانها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يترجم اليمين على المدعى عليه حتى يعتدى بالصلح على ما سيجيء (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية في لهامش

مفيدا قال (ومن ادعى دارا في بدر جل الخ) اذا ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم
وتجدد دعواه ذواليد فستل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه بعددني الهبة فاضطروا الى شرائها منه فاشترى يتهامنه وأشهدت
عليه وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان
المدعى ان ادعى الشراء بعد الهبة حيث (٤١٦) قال جددني الهبة فاشترى يتهامنه والغاء للتعقيب والشهود وشهدوا بشراء قبلها فكانت

والمدعى وان كان مجهولا فالصالح على ما علم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنقض الى المنازعة
على ما مر قال (ومن ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له في وقت كذا فستل البينة فقال جددني الهبة فاشترى يتهامنه
منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيئته) لظهور التناقض اذ هو
يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة
ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جددني الهبة فاشترى يتهامنه تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد منقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد
الهبة لانه تقرر ملكه عندها

ونقل في النهاية عن بعضهم انه أراد بالمدعى مقدارا معيننا كالثمن ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع
جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين انه كان يقول الصلح عن المدعى انما يصح اذا كانت صحيحة لان
الصلح انما يصح لاقتداء اليمين واليمين انما توجه اذا صححت الدعوى قال وهذا يشك على قول أبي حنيفة فانه
لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مل دفعته اليه مع أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده فالحق
أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى ولم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولا
فالصلح عن مجهول على ما علم جاز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنقض الى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله
ومن ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له في وقت) يعني ذكر وقتا معينة كقوله منذ شهر وسلمها لي ذلكم هو
الآن في يده وأطالبه بدفعها الى قطا له القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد
الهبة والتسليم ظفر بها فبسطها عنى فاشترى يتهامنه وأقام بينة فشهدوا وأروا وقتا قبل الوقت الذي يدعى فيه
الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم
يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه يقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان
ملكى بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان منقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح
التوفيق) الذي وفقه (ولو ادعى الهبة) يعني وأرخ فطوبى بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جددني
الهبة فاشترى يتهامنه (توفيقا لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ) كانه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة
اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد منقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة
لانه تقرر ملك الواهب عندها) أى عند الهبة ولو لم يورخ الشراء تقبل البينة كالأدلة ذكر تاريخا بعد الهبة
لا مكان الجدل على ما ينتق به التناقض وهذا على احدى الروايتين في صحة الدعوى اذا أمكن التوفيق وان
لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في بدر جل انها داره اشتراها من أبيه في محنة وهو ينكر
وأقام المدعى على ذلك بينة ولم ترك أولم تقيم بينة وحالف المدعى عليه ثم أقام بينة انها داره ورثها من أبيه قبل
القاضي بيئته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب أولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام

أبي حنيفة رحمه الله (قوله ومن ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له في وقت فستل البينة فقال جددني الهبة
فاشترى يتهامنه وأقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل) لظهور التناقض اذ هو يدعى
الشراء بعد الهبة) لانه قال جددني الهبة فاشترى يتهامنه والغاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله هذا هو التناقض

الشهادة مخالفة للدعوى
والثاني من حيث المدعى
نفسها ان ثبت موجب
الشهادة وهو تقدم وقت
الشراء على وقت الهبة لانه
حينئذ يكون قاذرا وهب لي
هذه ابدار وكانت ملكا لي
بالشراء قبل الهبة فكيف
يثبت الملك بالهبة بعد
ثبوته بالشراء وان شهدوا
بالشراء بعد الوقت الذي
دعى فيه الهبة قبلت شهادتهم
لوضوح التوفيق ووقع
في بعض النسخ وهم يشهدون
به قبله أى قبل عقد الهبة أو
وقتها وفي بعضها قبلها أى
قبل الهبة وكذا في قوله ولو
شهدوا به بعده ولو كان
المدعى ادعى الهبة ثم أقام
البينة على الشراء قبل عقد
الهبة أو وقتها لم يقل جددني
الهبة فاشترى يتهامنه لم تقبل
أيضا لان دعوى الهبة اقرار
منه بالملك للواهب عند الهبة
ودعوى الشراء قبلها
رجوع عنه فعد منقضا وأما اذا
ادعى الشراء بعد الهبة قبلت
لانه يقرر ملك الواهب عندها
فليس بمناقض قيل ينبغي
أن لا تقبل في هذه الصورة
أيضا لانه ادعى شراء باطلا
لانه ادعى شراءا ملكه

بالهبة وأوجب بانه لما جدد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا
أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا

(قوله ان ثبت موجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعىا على وقفها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الدعاء
الناصب به وجب الشهادة بامل

قال (ومن قال لا تخراشترت منى هذه الجارية الخ) وجعل قال لا تخراشترت منى هذه الجارية فانكره ان أجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه أى حل له أن يطالب الجارية لأن المشتري لما جرد العقد كان ذلك فسحا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقبان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجادفاته يجعل فسحا للاحالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين (٤١٧) قيل لو جاز قيام الجود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج تزوج فزوج آخر إقامة

لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأوجب بان الشئ يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد الزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل بمجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الطار على الفسخ فان العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو ماسك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهاه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منه مادام له به يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه مالم يبيعها أو يتقاعلا ولم يوجد ذلك لان التقابل

عليه بينة لا يقضى له بالدار لا مكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا تمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرطاً في رواية وليس شرطاً في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا لوفيق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لوفيق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعى شراء مملكته بالهبة والتسليم أوجب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاعد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحد وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لا تخراشترت منى هذه الجارية فانكره ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها) وجهين أحدهما (أن المشتري لما جحد كان فسحاً من جهته اذ الفسخ يثبت بالجد كما اذا تجادف) مع حيث يفسخ قطاراً فان عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وأورد عليه ان بمجرد العزم لا يحصل به الفسخ لأن ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكدة فعل اقترن به من امساكها ونقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتاً به دلالة كمن قال لا تخراشترت هذه الدابة يوما بكذا اتركها الى مكان كذا فاخذ المستاجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة

(ومن قال لا تخراشترت منى هذه الجارية فانكره ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها) لان المشتري لما جحد كان فسحاً من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجادف فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو ماسك الجارية ونقلها وما يضاهاه ولانه ما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فاترضى البائع

بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق برديه لو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا به بالشراء بعد الهبة تقبل لوضوح التوفيق لانه لا يمكنه أن يقول وهب منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشترى بها منه منذ أسبوع وهذه المسئلة تدل على أن التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا تمكن فلا كذا ذكر في الإقضية وذكر في رواية أن التوفيق من المدعى شرط وفي المحيط قيل ما قالوا لوفيق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لوفيق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشترى بها لم تقبل أيضاً لانه وان كانت الشهادة متوافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعاً عن ذلك الاقرار وبالرجوع عن الاقرار لا يمكن من اثبات الدار بالبينة وأما دعواه الشراء بعد ذلك بقررا قراره بالملك في ذلك الوقت فيمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي أن لا تقبل بيته في هذا الوجه أيضاً لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء مملكته بالهبة قلنا اذا جحد الهبة فقد فسحها اذ جحد ما عدا النكاح من العقود فسح له بخلاف النكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ وتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح (قوله وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ

(٥٣ - فتح القدير والكفاية) - سادس) موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فأتى بالبائع وقواته وجب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بنفسه فيجعل عزمه فسحا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جوده فسحاً من جانبيه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني (قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شئ حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه وهو التنازع في غير خفي (قوله انما ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركناً

(٥٣ - فتح القدير والكفاية) - سادس) موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فأتى بالبائع وقواته وجب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بنفسه فيجعل عزمه فسحا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جوده فسحاً من جانبيه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني (قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شئ حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه وهو التنازع في غير خفي (قوله انما ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركناً

يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضاً أو عن سلعة عنده أو غير ذلك ثم قال أنه زبوف صدق سواء كان مفصولاً أو موصولاً دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصریح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيها سواء وجه ذلك أن الزبوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز (٢١٨) الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز بزيادة بدلاً

فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زبوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضاً وجهه أن الزبوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجيد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه

لأن الأخذ والاستعمال لا يحل إلا بقبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية وبني في القوائد الظهيرية عليه فراعذ كره في الجامع اشترى عبد الله ببيع من آخر فبعده المشتري الثاني البيع فخاصه المشتري الأول إلى القاضي ولا بد له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم أطلع على عيب كان عند البائع الأول وأردده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني برده أو قبله فلا بد له غير مضطرب في البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو وجد الزوج الشكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تنزع وتزوج والنكاح لا يمتنع بالفسخ بسبب من الاستسلب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى بالبائع فيستبد بفسخه لغوات شرط البيع وهو التراضي وسند كراهية صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً (قوله ومن أقر) ههنا مسائل الأقرار بالقبض ومسائل الأقرار بالدين أما مسائل القبض ما إذا أقر (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زبوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض) يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض افترضه أو

إلى آخره) جواب شبهة وهي أن يقال كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب أن العزم قد اقترن بفسخه وهو مسائل الجارية ونقلها وما يراها عليه كالاستخدام ألا ترى أن من قال ألا تخرجك هذه الدابة يوماً بكذا التركها إلى مكان كذا فاحتجزها المستأجر وذهب بها أو تركها أن ذلك يكون قبولاً كذا هنا وذكر في المحيط وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية (قوله فيستبد بفسخه) وفي القوائد هذا فسخ من الأصل لكونه مضطراً إلى هذا الفسخ ويبنى عليه مسألة ذكرها في بيع الجامع وهي أن الرادع لو اشترى من رجل عبداً بألف درهم وثقاً بواضعه من آخر فبعده المشتري الثاني البيع فخاصه المشتري الأول إلى القاضي ولم يكن له بينه فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم وجد به عيباً كان عند البائع الأول فأردده عليه فاحتج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فاحتج عليه بوجهه وهذا إذا عزم المشتري الأول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني أما إذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له أن يخاصم بانه في الرد بالعيب لأنه غير مضطرب في البيع الثاني لجواز أنه متى حلفه نكح فاعتبر بيعاً جديداً في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج إذا جحد النكاح واستخلف عندهما خلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تنزع وتزوج آخولان النكاح لا يمتنع الفسخ بسائر الأسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع (قوله ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زبوف صدق) أي وصل أم فصل وفي بعض النسخ أي خضع الجامع الصغير اقتضى مكان قبض (قوله ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز) وإنما عاين غمالة أن استبدال شيء بمقابلته الدراهم لا يجوز

وهو فيما لا يجوز كما تقدم فان قيل الأقرار بالقبض يستلزم الأقرار بقبض الحق وهو الجيد جلاله على ماله حق قبضه لا ماله ذلك ولو أقر قبض حقه ثم ادعى أنه زبوف لم يسمع منه فكذا هذا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجيد وهو منسحب لاجل أن مقتضاه جلاله على ماله حق قبضه لم يزل يوفى له حق قبضه لأنه دون حقه وإنما المنوع من القبض ما يزيد على حقه وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجيد فالأقرار به لا يستلزم الأقرار بقبض الجيد بدعواه الزبوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهرجة كالزبوف لكونه من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا أنه لو أقر بالجيد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهرجة لم يصدق لأقراره بقبض الجيد صريحاً في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجيد والثمن جيد والاستيفاء يدل على التمام ولا تنعكس دون الحق

بمخلاف

بمجازاً (قوله أو عن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال أنه زبوف) أقول أي المقبوض زبوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فإنه إذا صدق في قوله مفصولاً على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى (قوله لو أقر بالجيد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجيد

فمن في دعواه الزئوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقرب قبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيح الثاني أعني المقر قبض الحق فلا يردنه قضاء على القبيح الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه إذا قرأه قبض الدراهم الجياذ ثم ادعى انه از يوف فانه لا يصدق لا مفعولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفعولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه وأحق عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصحح كقولنا لفلان على ألف الامانة فإذا قال قبضت عشرة جياذ فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال الانهاز يوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كقولنا لفلان على مائة درهم ودينار الا دينار كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو ادعاه بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم (٤١٩) لم يجز فكأن متناقضا في دعواه

قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفعولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفعولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزئوف والنهر جنة انه اذا ادعاه لا يقبل مفعولا

بخلاف ما إذا أقرانه قبض الجياذ أو حقه أو الثمن أو استوفى لاقراره بقبض الجياذ صريحا أو دلالة فلا يصدق والنهر جنة كالزئوف وفي الستوة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزئوف ماز يفة بيت المال والنهر جنة ما يرد التجار والستوة ما يغلب عليه الغش

ثم مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو ادعى ألف درهم ثم قال الانهاز يوف أو نهر جنة أو قال بعد نعم هي ز يوف أو نهر جنة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب انه قبض بماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتم از يوف فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله أو يصدق يفيد وهذا بخلاف

فهما خاصة ولولم تكن الزئوف من جنس الدراهم كان قبض الزئوف مكان الدراهم استبدل بالجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستوة والزئوف ماز يفة بيت المال أي يرد وفي المغرب رافت عليه دراهمه أي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقيل هي دون النهر جنة في الرداءة لان الزئوف ما يرد بيت المال والنهر جنة ما يرد التجار والنهر جنة الذي فضته رديئة وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل اعتبر لكل رديء باطل ومنه نهر جنة أي بطل الستوة بالفتح أردأ من النهر جنة وعن السكرخي الستوف عندهم ما كان الصفراء والخماس هو الغالب وفي المبسوط الستوة كالغلول فانه صغر وعنه الجانبين وهو معرب سه طاقه أي الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر (قوله بخلاف ما إذا أقرانه قبض الجياذ أو حقه أو الثمن أو استوفى) أي لا يصدق فيما اذا ادعى الزئوف بعد ذلك لانه تناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياذ فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياذ وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستثناء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وقيل في غير الجياذ مصدق موصولا وذكر الامام الثوري رحمه الله فان أقر بقبض حقه أو الجياذ أو بالاستثناء ثم ادعى الزئوف لم

وأمانه هل يقبل موصولا أو لا لم يصرح بذلك كره اعتمادا على انه لما كان بيان تغييره وهو لا يقبل مفعولا ولا يقبل موصولا وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما اذا أقر بالدراهم الجياذ وادعى انه از يوف فانه لا يقبل مفعولا ولا موصولا كما تقدم ويحجب عن ذلك بان قال المصنف (أو استوفى) أقول مخطوف على قبض الجياذ والاستثناء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزئوف متناقضا) أقول لمصح هذا ينبغي أن لا يصدق اذا وصل أيضا والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقرب قبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزبائي وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعوه العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما أقر بقبض الدراهم وهي مشروعة بالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه انتهى في موضع ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لان قوله جياذ مفسر لا يقبل التاويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيجتمعا التاويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا يخفى عليك ان دعواه كونهاز يوف لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان مفعولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما

ماذا أقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لوقال الغلان على ألف درهم من غن مبيع أو قرض أو اجارة الأنهار زوف أو نهر جسته لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لان فصل ولو قال الغلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان سطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بالتجارة اذ هو الاثر بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعد عقد التجارة فاذ لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لاتصير بصفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا انما أقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزوف والنهر جته فاذا قال هي زوف أو نهر جته كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع عينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل أخصر فاذا انفي أنه بعدما صدق عليه بعينه وانه مما صدقناه الاخرى لا يكون منافضا بخلاف ما لو قال هي ستوقه أو رصاص لا يقبل لانهم ليست من جنسها فاذ كان رجوعا أو ما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزوف والنهر جته لانه في هذا مقرر بقبض الجياد صريح في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا يدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على الدوام فانه اذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصلا وفيما بقي يصدق موصولا ولا مفصلا والفرق ان قوله قبضت مالى عليه أو حق اقرار بقبض القدر والجودة بافظ واحدا فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الامانة أما اذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بافظ على حدة فاذا قال الأنهار زوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما اذا قال على مائة درهم ودينار الا دينار افان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بافظ واحدا لان الجودة تتبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبعية موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ماله عليه وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخله تحت قوله مالى عليه وحق عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناءه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندى ان التأمل يشده لا يردده وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبعية وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا لخاصة رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصودا لا متصلا بهم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوقه ليست من جنس الدراهم لان غشها غاب واسم الدراهم باعتبار الغضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الاجزاء اولذا قيل هو معرب بـه طاقه يعنى ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسا نحاس وهي شبه المعوّه وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقه لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصلا أو مالى الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسة مائة درهم ماله على المدرن ثم قال بعد ما سكنت هو رصاص لم يصدق لان اعم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فاقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانها غير الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا وفي الستوقه أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم يصدق لان الاستبقاء يستعمل في قبض الحق وحقه جياد وقد أقر بقبضه وكذا لو أقر بقبض الذي له عليه ثم ادعى الزيادة وان وصل فالقياس كذلك وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجازا كلامه متصلا لا أى قبضت حتى

المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لان حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاحتجاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ما عساه الى شيء من النسخ وتغييره باستثناء الدينار قد لا ينعزلان الجسودة وصف لا يصح استثناءه فساكنه لم يستثنى ثم فسّر الزوف بـازيفه بيت المال أى رده والنهر جته بما يرد التجار ولعله أردأ من الزيف والستوقه ما يغلب عليه الغش قبل هو معرب ستوقه وهى أردأ من النهر جته حتى خرج من جنس الدراهم

(قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ماصر (قوله لا يصح استثناءه) أقول مطلقا وإذا كان دخوله في المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثاني مسلم ولا كذلك فيما نحن فيه والاول ممنوع

قال (ومن قال لا تخولك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر بآبائه أو بالأول يرتد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل بآبائه والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه فعلى هذا إذا قال لا تخولك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بآبائه ما أقر به لاحتجاله وقدره المقر له فيرد قوله بل لي عليك ألف درهم غير مقيد لأنه دعوى (٤٢١) فلا بد لها من حجة أي بيعة أو تصديق الخصم حتى ولو صدقه المقر

بأنه لا يثبت له المال استغناءً
وإذا قال اشترت مني هذا
العبد فأنكره أن يصدقه
بعد ذلك لأن إقراره وإن
كان بما يحتمل الإبطال لكن
المقر لم يستقل بآبائه فلا
يتفرد أحد المتعاقدين بالفسخ
كلا لا يتفرد بالعقد يعني
المقر له لا يتفرد بالرد كما أن
المقر لا يتفرد بآبائه والمعنى
أنه حقهما فبقى العقد فعمل
التصديق بخلاف الأول فإن
أحدهما يتفرد بالإنابة
فيسترد الآخر بالرد فقلت
أن عزم المقر على ترك
الخصومة وجب أن
لا يفسده التصديق بعد
الانكار فإن الفسخ قد تم
ولهذا لو كانت جارية حل
وطؤها كما تقدم ويجوز
أن يقال إن قوله ثم قال في
مكانه أشار إلى الجواب عن
ذلك فإن العزم والنقل كانا
دليل الفسخ به سقط ما قال
في الكافي ذكر في الهداية
أن أحد المتعاقدين لا يتفرد
بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما
تعدر استيفاء الثمن من
المشتري فأتى بالعقد فبقى
فستبد بنفسه والتوفيق

قال (ومن قال لا تخولك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتد المقر له والمستقل بذلك كما أن المقر يستقل بآبائه والثاني دعوى فلا بد من الحجة وتصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره اشترت مني وأنكر الآخر له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد بإقراره فافترقا

وذكر المحبوبي في جامعهم مصر حاشية قال فاما إذا قال وجدته ساقية أو رصاصة قال شيخ لاسلام خوارزمي زاد ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصو لا وقد من أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جارية في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحاطة إذا اتهمته (قوله ومن قال لا تخولك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي أفلان فقد رد إقراره فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع مثلاً أن عاد المقر إلى الإقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه يثبت استغناءً لافيضاً بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لآسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بل ردي حتى كان للرد أن يعود ويدعيه فلم يلزم بالرد بقى مقر ابنه لا يغير فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشترت مني وأنكره أن) يعود (يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فأنكره أن كان فسخاً من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائماً بعد أنكره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمسأل (فيسترد بالرد فافترقا) وناقضه في الكافي بأنه ذكر هناك أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التباحث قال ولأنه لم تعدر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بنفسه والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضى أنه لو تعدر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بيعة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولاً * (وهذه فروع) * ذكرها في النهاية لوصدقه ثم رد إقراره لا يرتد ولو هبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرد باطل وكذا لو قبل المديون الإبراء ثم رده وكذا لو قال لعبد هبت لك وتقبلت فرد لا يرتد بالرد لأنه اعتاق هذا

ذات الألف (قوله بخلاف ما إذا قال اشترت مني وأنكره أن يصدقه) إذا الإقرار بالدين يرتد المقر له وكذلك الإقرار بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد أما الإقرار بالبيع لا يرتد المقر له أن يصدقه بعد الرد لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فبرده لا يفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم على تصديقه والعلامة النسبي ذكر في الكافي أشكالات في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد لأنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق وذكر قبله ولأنه لما تعدر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بنفسه والتوفيق بين كلاميه صعب قلت لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فيما إذا كان الآخر على العقد معتقاً به كما إذا قال أحدهما اشترت مني وأنكر الآخر لا يكون إنكاره فسحاً للعقد إلا بتمه به الفسخ وفيما إذا قال اشترت مني هذه الجارية وأنكر فالمدعى للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانقراده على العقد فيستبد بنفسه أيضاً (قوله) أما المقر له يتفرد بإقراره (بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من آسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث

بين كلاميه صعب وذلك لأنه قال لم تعدر استيفاء الثمن يستبد وههنا أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعدر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني كما إذا أقر بنسب عبده من آسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالذهب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك

قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجة وهو مناقض في دعواه ثم أملى في جوابه (قوله فإن العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه أو لغيره والآخر في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر مال الخ) اذا ادعى على آخر مال فقال ما كان لك على شيء فطو مناه في الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستعانة فاقام المدعى البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابرأه قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى احم لا تقبل لان القضاء يتلوا لوجوب وقد أنكره فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضي ويرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسألة بحالها لان (٤٢٢) التوفيق أظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعى البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء

أو الابرأه قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا قالوا دلت المسألة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل انحصاف المسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الابرأه والغوا وأصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبته جارية فانكرت وأقام البينة صلى رقبته ثم أقامت هي بينة على انه أعتقها أو كاتها على ألف وانها أدت ألف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقولهم ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بيته على القضاء وكذا على الابرأه لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلط ومعرفة وذكر القدرى عن اصحابنا انه أيضا تقبل لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيما روى بعض وكلاهما بارضاة ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابرأه في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بالامعة

قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضي ويرأ) أقول يخالف لما سياتي في الاقرار في تمليل كون قوله قضيت سببها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لا طاهر ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضا من حيث الظاهر

ولو

بارضاة ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابرأه في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بالامعة

قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضي ويرأ) أقول يخالف لما سياتي في الاقرار في تمليل كون قوله قضيت سببها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لا طاهر ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضا من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخره باع جارية هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فاقام المدعى البينة على الشراء فوجدوها عياله بمحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة وأرددها (٤٢٣) على البائع فاقام البينة على أنه برئ

البينة من كل عيب لم تقبل
ببينة ذكرها في الجامع
الصغير ولم يحسب خلافا
والخصاف أثبتة عن أبي
يوسف وأشار إليه المصنف
بقوله وعن أبي يوسف أنها
تقبل اعتبارا بما ذكرنا
من صورة الدين فإنه لو
أنكره أصلا ثم أقام البينة
على القضاء والبراءة قبلت
لأن غير الحق قد يقضى
فالمكن التوفيق فكذلك
يوزنه أن يقول لم يكن
بيننا بيع لكنه لما ادعى على
البيع سألته أن يبرئني من
العيب فأبرأني وجه الظاهر
أن شرط البراءة تغيير للعقد
من اقتضاء وصف السلامة
إلى غيره وذلك يقتضي وجود
أصل العقدان الصفة بدون
الموصوف غير متصورة وهو
قد أنكره فكان منافضا
بخلاف مسئلة الدين لأنه
قد يقضى وإن كان باطلا
على ما سرق (ذكر حتى
كتب في أسفله الخ) إذا قرأ
على نفسه وكتب ما كتب
في آخره ومن قام بهذا الذكر
الحق فهو ولي ما فيه وأراد
بذلك من آخر هذا الصك
وطلب ما فيه من باقي فله
ولاية ذلك إن شاء الله تعالى
أو كتب في كتاب شراء ما أدرك
فيه فلان من ذلك فعلى فلان
خلاصه وتسليمه إن شاء الله
تعالى بطل الذي ذكره عند

(ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينة على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء ومعه املة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحجب أو المخدرة قد يوذى بالشعب على بابيه فبأمر بعض وكلائه براضائه ولا يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال (ومن ادعى على آخره باع جارية هذه فقال لم أبعها منك قط فاقام المشتري البينة على الشراء فوجدوها الصغار أئده فاقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان منافضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للجنة هذا (قلو) زاد على ذلك ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا عطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء والبراءة (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا أنها تقبل أيضا لأن المحجب أو المخدرة قد يوذى بالشعب على بابيه فبأمر براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل ببينته والاقتضاء وفي الشافعي قال لم أذفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أذفع اليه شيئا وقد دفعته أمالوا ادعى إقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلاً من وهما لم يجمع ولهذا لوصدقه المدعى عينا لا يكون منافضا ذكره التمرائي وقبل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلامعرفة (قوله) ومن ادعى على آخره باع جارية فقال لم أبعها منك قط فاقام المدعى البينة على الشراء) أباهامنه فقبضها (فوجدوها الصغار أئده) أو نحوها من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة يعلم أنه كان في يد البائع وأرددها (فاقام البائع بينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست بظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكاه المصنف عن أبي يوسف رحمه الله وجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولأن البيع غير الإبراء من العيب فبحيود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكلاءه المال في البيع فكان قوله للمالك ما عتقها لا قط صدقا فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس منافضا والوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على وكيل نفسه لا وفق بذلك ونظيره ما ذكره التمرائي أقام بينة على الشراء وذواليد ينكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يعطل أنكاره البيع ببينته لأنه يقول أخذها مني ببينة كاذبة ثم استعملته فالفاني (وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان منافضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا) ولا يخفى أن كلام وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا (قوله)

نرى أنه لو مرح به يسمع (قوله) فيأمره بعض وكلائه براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل ببينته وقبل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلامعرفة (قوله) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) أي في الدين وهو أن يكون البائع وكلاءه المال في البيع فكان المال في قوله ما عتقها صدقا فاقام المال في دعواه براءة من كل عيب لا يكون منافضا ونظيره ما ذكره أبو يوسف رحمه الله من التوفيق ما ذكره الإمام

أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بهذا الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لأنه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه للاستيناف والتوكيد ومرفعه الى الجميع مبطل فبافرض للاستيناف لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصلح بعضه مرفوعا (٤٣٤) بعض فيصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيناف

على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذ كر كما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذ كر الحق وقولهما استحسان ذكر في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذ كر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله أن السك كشي

ذ كر حق) يعني صكا في اقرار بدين (قال في آخره ومن قام بهذا الذ كر فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة به فيه من الحق ثم كتب (ان شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صلح شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الذ كر فعلى فلان خلاصه ان شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصلح كله) الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمن الذ كر خاصة (وقولهما استحسان له أن السك كشي بواسطة العطف كشي

الترشيح فقال أقام البينة على الشراء وذو اليد ينكر ثم أقام المذكر بينة على ان المدعي قدر المبيع على قبلة ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول أخذها مني بعينة كاذبة ثم استقلته فإلني فاذا أمكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب أن يتناقض لانه زعم أنه لم يبع ثم ادعى البيع والغصغ والجواب عنه انه انما يتحقق المناقضة اذ لم يكن التوفيق بين الكلامين وقد أمكن ان يقول لم أبيع بنفسى وانما باعته وكيلي ثم فسخت البيع فيعمل عليه فان قبل ارتفع انكاره بقضاء القاضي فصار مكذبا فلا يكون مناقضا كما اذارد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان أنكر قيام العيب لانه صار مكذبا ثم عاقلنا التناقض اذا كان مبنيا على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمختارعة تقيم البينة على الطاقتان الثلاث قبل الطلع والمكاتب يقيمها على الاعاق قبل الكتابة اذ الزوج والمولى يستبدان وتم كذلك لجواز أن لا يكون المشتري مطالعا على العيب فانكر بناء عليه ثبسا أقيمت البينة علم الآن فارد الرد ولا كذلك ههنا لان مبنيا ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قبل يشك كل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفي له عنه بامر ففضى القاضي عليه بالبينة بعد ما أنكر فله أن يرجع على المكفول عنه بعدما أدى الى المدعى عندنا خلافا لفرجه انما له مكذب شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء فلنا انه أنكر الكفالة دون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار الامر والرجوع باعتباره وقد ثبت بالبينة وقد أدى دينه فاستوجب دينه عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة من كل عيب لا تصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض (قوله ذكر حق) أي كتاب اقرار بدين (قوله ومن قام به هذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه) يعني من أخرج هذا الصلح وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكذا قلنا الغرض من كتابة هذا السقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل فان التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بالرضا فان قيل ان هذا رضى بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضا وعدمه بمنزلة الاقرار للمجهول فلما انما يصح الرضا بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقر أن لا رضى بتوكيل المقر له لما لحقه من الضرر وقد أسقط حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار الاسقاط وقيل هذه المسئلة فرع لهذا الاصل وهو أن هذا الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة بان أخرج هذا الصلح فهذا الكلام لم يوجب فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشوا لا يحتاج اليه فكان فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام (قوله أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه) أي لو

مطلقا أو اذ لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذ لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا ي حنيفة رحمه الله ان السك كشي فبما نحن فيه كشي واحد يحكم العطف فينصرف الى السك كشي قال عبده حروا انه طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بينه وبين الصبر بمنزلة الاتصال في الكلام وأما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذ كر فقد قالوا لا يتحقق به وبصير كقاصد السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذ كر في الشرط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بالضرورة وكونه توكيلا بمجهول ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر أن لا رضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما لحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة

فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لانه واحد

قال المصنف (وله ان السك الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالاقوال ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

لا يجوز التوكيل بالخصومة
من غير رضا الخصم الا اذا
رضى بوكالة وكيل مجهول
لا عن مذهب أبي حنيفة فان
الرضا بالوكالة المجهولة عنده
لا يثبت فوجوده كعدمه
(فصل في القضاء بالمواريث)
قد تقدم لنا الكلام فيما
يوجب تأخير هذا الفصل
الى هذا الموضع قال (واذا
مات النصراني فجاءت امرأته
مسلمة الخ) ذكر مسئلتين
بما يتعلق اثباته باستصحاب
الحال وهو الحكم بثبوت امر
في وقت بناء على ثبوته في
وقت آخر وهو على نوعين
أحدهما أن يقال كان
ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً
في الحال كناية الغرور
والثاني أن يقال هو ثابت
في الحال فتحكم بثبوته في
الماضي كسرمان ماء
الطاحونة كما سذكروه
وهو حجة دافعة لا مثبته عندها
كما عرفت في أصول الفقه
فاذا مات النصراني فجاءت
امرأته مسلمة وقالت
أسلمت بعد موته وقالت الورثة
أسلمت قبل موته فالقول
للسورثين وقال زمر القول
قولها لان الاسلام حادث
بالاتفاق والحادث يضاف
الى اقرب الاوقات لذلك
وانما ان سبب الحرمان ثابت
في الحال لاختلاف الدينين
وكل ما هو ثابت في الحال
يكون ثابتاً فيما مضى
تحكيما للحال أي
(فصل في القضاء بالمواريث)

واحد بحكم العطف فيصرف الى السكك كافي السككات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه
المشئ الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به ويصير كفصل السكوت والله أعلم
بالصواب
(فصل في القضاء بالمواريث) قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته
وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات لئلا ان سبب الحرمان ثابت في الحال

واحد) انصل به الاستثناء (فينصرف الى السكك) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه
المشئ الى بيت الله ان شاء الله يبطل السكك فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف
الى ما يليه لان المذكور للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد) فقام العلم بالخصوص من كتب الصلح دلالة
على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق
وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أخرى بالاتفاق تجري الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو
انصرف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما السكك لولا عر وض فهم الغرض من كتبه وهو
بعد اذ لم كان كذلك لم ينص وجوده جل متعددة ببعضها استثناء فيصرف الى الاخير لان وجود الجمل المتعددة
انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على
بعض أن ينصرف الى السكك ويحتمل وجود المسئلة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب
بجمله منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى السكك ولذلك لم يعقب ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا في
أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صرحت بكتب الصلح من عموم حكم
الشرط المتعقب بجملة معاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استثناء اجماعا على قوله هذا اذا كان ان شاء
الله مكتوباً بامتناع الكتاب فلا فصل بيباض وهو الفرجة صرحت كفصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد ورد
أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزم صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله
ومن قام بهذا الذكروه ولى ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بان الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعي
عليه بتوكيل من بوكالة المدعي فلا يمنع المديون عن سماع خصومة التوكيل بالخصومة متعند أبي حنيفة فان
التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفي دعوى قوله لان هذا يثبت ارضاء توكيل وكيل
مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدة الخبر عن قول ابن أبي
لسلي فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بل ارضاء الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فينبذ يجوز
لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعه أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا
(فصل في القضاء بالمواريث) (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فانما
استحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلأميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان
الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق الابينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه
ولاحلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تخلفهم على العلم (وقال زفر القول لهما لان
الاسلام حادث في الظاهر) (اضافته الى اقرب الاوقات ولئلا ان سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال

كتب صلح الشراء وكتب في آخره فسا أدرك فلانا فيه من ذلك فعلى فلان خلاص ذلك فان قبل هذا الكلام
لغولان الخلاص على فلان لانه ضمان الثمن وهو عليه شرط وأول بشرط قلنا يكون اشتراطه توكيداً وفيه
تحرز عن قول ابن أبي ليلى لان عنده لا رجوع بدون الشرط (قوله ولو ترك فرجة) أي بين ذكر الشراء
وذكر الخلاص قالوا لا يلحق به ويصير كفصل السكوت اذا الفرجة في الصكوك كالسكوت في النفاق
والله أعلم *(فصل في القضاء بالمواريث)*

باستصحاب الحال كفي جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المعتقدان بعدمضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتيه للدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بان ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أن كسر صدر الشرع في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيدفع الجرح فقد عسكنتم بالحال لاثبات استحقاقه الجرح قلنا اتفاقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيذ والظاهر يصلح حجة للتأكد كيد وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوج في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشك في هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه (٤٢٦) فالقول قول الابن المتفق على اسلامه لم يجعل الحال حكمة على اسلامه فيما مضى مع قيام

فيثبت فيما مضى تحكيما للعمال كفي جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتيه للدفع وما ذكره نعتيه الاستحقاق ولو مات المسلم لم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

فيثبت فيما مضى تحكيما للعمال كفي جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر (هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للعمال) نعتيه للدفع وما ذكره (استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي) وليكن حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق آجرة الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثير ما يكون ظاهرا كالتحريك لاثبات ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

(قوله تحكيما للعمال كفي جريان ماء الطاحونة) يعني اذا اختلف الآجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعدمضي مدة يجعل الحال حكمة حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الآجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعا كان القول قول المستأجر (قوله وما ذكره نعتيه للاستحقاق) والظاهر

السبب في الحال وهو البينة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما صار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال أما اذا اختلفا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهم اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما لا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اختلفا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآجر بل انقطع شهرا فالقول للمستأجر مع بینه

منقطعا كان أو جاريا في الحال لانهم اختلفا في جريان مقداره وانقطاع مقداره ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة فالقول الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقداره هذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الفهر ثنائي مسئلة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فارابه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانهم أنكروا المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشك في هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البينة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البينة مع الاتفاق في الدين عند الموت كافي للزوجية لا البينة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في نعتيه راجع الى ان ظاهر لا الى الحال كما لا يخفى ٢ (قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غير من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني المالك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا يثبت الحكم بنفسه بل اذانه الى المجلس القاضي وحكم القاضي بما اوعى من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادي الاعلام اه وقيل بمعناه ان حكم البيع لثبوت الملك المشتري في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فاما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفساني لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد به كذا لا يخفى

فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق انذى هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وهذا القدر يتم
الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجمع نوعا الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة
النصراني كانت ثابتة فيبامضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادنا فبالنظر الى ما كانت فيبامضى والاصل فيه أن يبقى هو من النوع الاول
وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيبامضى هو من النوع الثاني (٤٢٧) فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول

قولها كان استصحاب الحال
مشتاوهو باطل فاعتبرنا
الثاني ليكون دافعا فكان
القول قوله وأما الثانية
فلان نصرانية كانت ثابتة
والاسلام حادث فالنظر الى
النصرانية يقتضي بقاءها
الى ما بعد الموت والنظر الى
الاسلام يقتضي أن يكون
ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه
لزم أن يكون الحال مشتا
وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول
ليكون دافعا والورثة فهم
الدافعون فيشيدهم الاستدلال
به وقوله (ويشهد لهم)
دليل آخر وهو أن الاسلام
حادث والحادث يضاف الى
أقرب الاوقات فان قيل ان
كان فاعلم الحادث معتبرا
في الدلالة كان ظاهر زفر في
المسئلة الاولى معارضا
للاستصحاب ويحتاج الى
شرح والاصل عدمه فالجواب
أنه معتبر في الدفع لاني
الاثبات وزفر يعتبره
للاثبات ونقض ينقض
اجالي وهو أن ما ذكرتم
على أن الاستصحاب لا يصلح
للاثبات لو كان صحيحا
بجميع مقدماته فمضى
بالاجرة على المستأجر اذا كان

فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون
ويشهد لهم ظاهر الحادث أيضا قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم ودبعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون
والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلة ثلثان مبنيان على
أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيه ما للدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا
لما مضى عمل بالثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مال كذا في الماضي اذا كان جاريا أجيب بان هناك
اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة لنا كيد وفي مسألة
الميراث نفس السبب يختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكال بما ذكر محمد
في الاصل اذا مات وترك ابنتين فقال أحدهما مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت
وأنا أيضا سلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول لابن المتفق على
اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيبامضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة أجيب بأنه انما
يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا في مقدار
منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع
في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالقول للمستهجر مع
منقطعا كان الماء أو جاريا في الحال لانهم اختلفا في جريان مقدار وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنتين
ومسئلة السكك اختلف واقع في مقدار مدة الاسلام لاني نفس الاسلام كان أولم يكن والثبات في الحال
نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الثمري ثمانية مسائل وهي ترد أيضا شبهة على
الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها أباهم في المرض فصار فارافا نأثرت
وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها ذكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل
عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (ودبعة فأفر المستودع انه ابن الميت

يصلح للدفع للاستحقاق (قوله فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) فالجواب أن المرأة تبتسك في هذه المسئلة
بما تبتسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة يبتسكون بما تبتسك به المرأة في المسئلة
الاولى غير انما في المسئلة ثلثين تبتسك بالظاهر لا بآثار الاستحقاق والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لاثباته
والورثة هم الدافعون جميعا في المسئلة ثلثين فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسألة الطاحونة يجعل الماء حجة
لصاحب الطاحونة حتى يقتضي بالاجر على المستأجر فقد تبتسك بالحال لا بآثار الاستحقاق الاخر قلنا اتفقا
على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة لنا كيد ولبقاء ما كان وفي مسألة
الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة يؤوله
ما ذكر في البسوط انه لو لم تنقض اجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا

ماء الطاحونة جاريا عند اختلاف لانه استدلال به لا بآثار الاستحقاق على المستأجر على الاستحقاق من ثبوت العيب الموجب
لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لأمو جبا واعتبر هذا ما سنغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن
مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم ودبعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم ودبعة فأفر المستودع لرجل أنه ابن الميت
لا وارث له غيره يقتضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

لانه أقر أن مافي يده حق الوارث وملكيه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولعائلا أن يقول كان الواجب في المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتباره مائو جب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث (٤٣٨) متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين ومائو جب قيام

لانه أقر أن مافي يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعدم موته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه

لا وارث له غيره) فان القاضى يقضى عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن مافي يده حق الوارث) ملكه (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أى بقبض الوديعه (أو أنه اشتراه) أى اشترى الوديعه التى في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكيه في الوديعه الا ان (اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعدم موته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه مافي يده من غير ثبوت ملكه ماله معين فيه للعمال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعنى المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالقرار بالوكالة بقبض الوديعه ثم لودفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعه هل له أن يستردها قبل لانه بصير ساعيا في نقض ما تم من جهته ما تم به وقال ظهير الدين كان والذى يترد في جواب هذه المسئلة ولولم يدفع الوديعه للذى أقر له بالوكالة حتى هلك قبل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالممنوعها من نفس المودع وقبل لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره (اذا الديون تقضى بامثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذا

فلم يكن له أن ينقضها زوال العذر وبمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب في الحال فان قيل هذا يشكل بمسئله ذكرها فمجدد حجه الله في الاصل اذ مات الرجل وترك ابنين فقال أحد الابنين مات أى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وكنت أيضا مسلما أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال انما أسلمت بعد موت الاب فالتقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيهما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما لا ترى في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال صاحب الطاحونة لا بل انقطع الماء شهرين فالقول قول المستاجر مع بقاء منقطعاً كان الماء أو جاري الحال لانهما اختلفا في جريان مقداره وانقطاع مقداره وذلك غير ثابت للحال فكذلك الاختلاف هنا في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان أولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة (قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه) لان صاحب اليد مقر بانه ملك الغائب وهو حى ويده في الوديعه يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكيه باقراره وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير بزعمه وهذا زعم ان الميت لم يبق ماله وان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير فلو دفع هل له أن

حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعه حتى هلك هل يضمن أولا قبل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالتنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذلك من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قبل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو أقر المودع بعد اقرار الاول لرجل آخر بانه أيضا ابن الميت وأذكره الاول بان قال ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا يضرهم له انقطع يده عن المال فالقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لم يكذبه أحد فصح اقراره وحين أقر للثاني كذبه الاول فلا يصح

واعترض بان تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للاول وأجابوا بالتزام ذلك اذ دفع فيؤمر الجميع بلا قضاء كالذى أقر بتسليم الوديعه من القاضى بعدما أقر غير من أقر له القاضى وقد تقدم في أدب القاضى وأما اذا كان اقراره بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمه فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمتها من القاضى اذ لا ممانعة بين تسلمتها منه وكوهرها ان أقر له فأنهم

فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خرو هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غسيري قضى بالمال للاول)
لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا
كان الاول ابنا معروفا ولا نه حين اقر للاول لا مكذبه فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خرو هذا ابنه أيضا وانكر الابن الاول قضى بالمال
للالول) وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على) الغير
وهو الابن (الاول فلا يصح كالمالك كان الاول ابنا معروفا ولا نه حين اقر للاول لا مكذبه فصح وحين اقر للثاني له
مكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني
شيئا باقراره لان استحقاقه لم يثبت فريحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا
يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي
أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره
للالول صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني
الذي أقر له انه ابن الميت كالمالك بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المزول بالوديعة ثم أقر به تسليم القاضي اليه وقد
ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن القاضي قيمته قلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول
بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلاف في الاقطعة اذا أقر المنتقط بها
لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في الاقطعة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو
الغائب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو اقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وأنه لا وارث له غير وهو
يدعيه أولان ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن
بجلا في الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو
مقر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن
الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل نقضه وان
لم يجد كفيل أعطاه المال وضمنه ان كان نقضه حتى لا يملك أمانته وان كان غير نقضه تلوم القاضي حتى يظهر انه
لا وارث للميت أو أكبر رأيه بذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مسددة التلوم بشيء بل موكول الى رأى
القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهم مقتدر بحول هكذا حتى الخلاف في الخلاصة عن الاضحية قال وعن
أبي يوسف مقتدر بشهر هذا اذا قال ذوالبدا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أمأت أم لا يدفع الى أحد
منهم شيئا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من رث في حال دون حال
كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى انه
ابنه أو بوه أو مولاه أو عتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري
وادعى آخرا نه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أو مولى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذوالبدا وقال
رى لا أد للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن المدعي الوصية شي هذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ
ومولى العتاق أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفرد أما عند الاجتماع فلا تراحم مدعي البنوة مدعي
الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا راجع مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي البد
مدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستخلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على

يسترده قال شيخ الاسلام علاء الدين رحمه الله ليس له أن يسترده لانه ساع في نقض ما أوجبه وروى عن ظهير
الدين المرعيني رحمه الله انه ترد في ذلك ولو لم يدفع حتى هلك في يده قبل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان
المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع بوجوب الضمان فكذا من وكيله (قوله)
وقال الاول ليس له ابن غسيري قضى بالمال للاول) وهل يضمن للثاني اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخرائها كانت لبيته مات وتركهام ميراثا فاما ان يقر به ذوالبدن ولا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة اوجه أحدها أنهم قالوا تركهام ميراثا ولو رثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم مالم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا تعرفه (٣٠) وارتا غيره وفيه يقضى الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره

الزوجية أو الوصية فان قام أخذها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذوالبدن الميت أقران هذا ابنه أو أبوه أو مولاة أو عتقه أو وصى له بالكل أو ثلثه أو أن هذه زوجته فاما المال للدين والمولى كالمولى عايناه أقر بخلاف النكاح وولاء المولاة والوصية لان ذوالبدن أقر بسبب منتقض (قوله) واذا قسم الميراث بين الغرماء أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) كانه عني به ابن أبي ليلى فانه كان يغله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبت بالقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق واذا قال الشهود لانعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن لا يجب أولا يجب ولو قالوا الوارث له غيره فكذلك استمعنا ما ذكر من نفي المدعى اذ لم يقل الشهود لانعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لبيته مات وتركهام ميراثا واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا تركهام ولو رثته لا تقبل ولا يدفع اليه شي حتى يقيم بينة على عدد الورثة لا يصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغيره معلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لانعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضى بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لانعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وياخذ كفيلا عندهما ولا ياخذ عند أبي حنيفة قرضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث ان الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يجب كلاب والابن فان كان يجب بغيره كالجدة والابن والعلم لا يدفع اليه وان كان ممن لا يجب يجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل المدينين عند أبي يوسف وعند محمد وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان البسه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقال له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لا يكون الاقرار حجة قاصرة

اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لانعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقد روي الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كلاب والابن فان كان ممن لا يجب بغيره كالجدة والابن فانه لا يدفع اليه وان كان ممن لا يجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان البسه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقال له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لا يكون الاقرار حجة قاصرة

قال المصنف (واذا قسم

الميراث) أقول فيه تسامح (قوله) ولم يقولوا في شهادتهم لانعرف له وارثا غيره) أقول أو غير ما غيره كما يعلم من الوقاية لهما وشرحه (قوله) هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله) وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لا يكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزده عليه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكر ان كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مغفوضا الى القاضي وقد روي الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر يدفع المال

لهما ان القاضى ناظر الغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتمل القاضى باخذه كما اذا دفع القاضى العبد الآبق والقطعة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه ياخذ منه كفيلة وكلوا على نفقة امرأة الغائب اذا استغقت في غيبته وله عند انسان ودبعة يقر بها المودع وقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلة ولا يبي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخريين أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجّة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لوهوم كمن أثبت الشراء (٤٣١) من ذى اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع

المبيع الى المشتري والدين الى المدعى من غير كفيل وان كان حضور مشترا آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهم فافسلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل (قوله) ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كلكه للاحد الغرماء فان قيل اذا أقربه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كغالة مجهول أحجب بانه اذا أقربه لم يبق له فيه ملك ولم يثبت لاهله بحجة كاملة فكان مظنة ان غمة مالكا لا يملكه وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التبر ناشى فيه خلافا فان ثبت فلا إشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس خصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر

لهما أن القاضى ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع الآبق والقطعة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولا يبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء من يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بالبينة (لهما أن القاضى ناظر للغيب) أى مأمور بالنظر لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع) القاضى (الآبق والقطعة الى) الذى أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلة للميت الذى ذكرنا وهو ان القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأة الغائب) يعنى اذا كانت تستغنى أى تطالب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل ودبعة وهو مقر بالزوجية ولو دبعة فالقاضى يعطىها (من ماله) وياخذ كفيلة (ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعا) أى فيما اذا كان الوارث الاخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضى لم يكلف باظهاره على وجهه بوجوب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أى لو لم يجد كفيلة كان يمنع حقه هذا ظاهرا (كمن أثبت الشراء من يده) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذى أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لاحل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر قبله وغريم آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كلكه للاحد الغرماء

أبو حنيفة رضى الله عنه لا وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يأخذ ثم لا يدفع الى الوارث الذى حضر جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث من لا يجب بغيره كالأب والابن اما اذا كان من يجب بغيره كالجد والابن والعم لا يدفع المال اليه ما لم تقيم البينة على عدد الوارث أو يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام الترمذى رحمه الله ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضى يتأنى في ذلك زمانا على حسب ما يرى ذكر بكر رحمه الله أن في كل موضع ذكر ينلوم القاضى يكون ذلك فموضالى القاضى وقد راجع الطحاوى رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر يدفع المال وياخذ كفيلة لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ياخذ وقيل ياخذ عند السكك لان الثابت بالافرادون الثابت بالبينة كذا في النهاية (قوله) وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله (وهى امرأة تستغنى وزوجها غائب وله عند رجل ودبعة والمودع مقر بالودعة والزوجة فالقاضى يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلة (قوله) ان حق الحاضر ثابت قطعا) أى فيما اذا لم يكن وارث آخر أو ظاهرا أى فيما اذا كان وارث آخر لكن القاضى مكلف بما ظهر عنده من الحجّة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل أو آيت لم يجد كفيلة كان يمنع حقه (قوله) كمن أثبت الشراء الى قوله لا يكفل أى لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذى أثبت شراءه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذى أثبت دينه على

وهى من الميت غير متصور وعرض بان القاضى يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضى لنفسه احتياطا في طلب وياخذ كفيلة لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا ياخذ وقيل ياخذ عند السكك لان الثابت بالافرادون الثابت بالبينة اه (قوله) أجيب بانه اذا أقربه الخ) أقول ان الجواب في مسألة الآبق والقطعة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله) وعرض بان القاضى الخ) أقول ويمكن توجيهه نقضا كما لا يخفى (قوله) وأجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال

زيادة ما يدل على نفي شريك المعاصر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة على النفي باطلا بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل اما مسألة النفقة فلان التكفيل فيها الحق ثابت وهو ما يأخذ به الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الاثني واللقطة ففي كل واحد (٤٣٢) منها رواية ان قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيل وقال في رواية أحب أن يأخذ

بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الاثني واللقطة ففيه روايتان والاصح أنه على الخلاف وقيل ان دفع العلامة للقطعة أو اقرار العبد بكفاله بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال (وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فالأثني واللقطة ففي) (أخذ) التكفيل روايتان عنه والاصح أنه على الخلاف وقيل ان دفع العلامة للقطعة أو اقرار العبد بكفاله بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع مع العلامة واقراء العبد بالاجماع لا يقال يأخذ التكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لانه ليس يخصم ولا يقال يأخذ الامتثال لان خفيته في تسليمه له الى وارثه وقد أثبت ورثته فلامعنى للاشغال بأخذ التكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو وارث أو غريم آخر وبعد التلوم ما تنقاعت الشبهة فينبغي أن يأخذ التكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام المحجة لان المحجة لا تجتمع على الشبهة فظهر نار بخلافه في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل علا بالجهتين أحجب بان العمل يجب بالحجة بعد قيامها بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليم علمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة منها على النفي بل هو خبر يؤكده ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه به بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) أنه قائل بان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيغته المجتهدين عن الخطأ وتقر برهم على الصواب واجبا بسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة مما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السعدي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حل على ظاهره لكان متناقضا لقوله والحق عند الله واحد فبعد أنه ليس كل مجتهد مصيب والاصح ان كان متعددا فلم ينم معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أو جب الاجتهاد على المتأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد بن داود لا نأخذ بالاجتهاد في الفاضل بينه ما تنفذ وقد أخطأ السنة (قوله) وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له العبد حتى يبيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخيه له وغريم آخر في حق العبد علم أن المتيقن بالمعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لاسر موهوم (قوله) أو اقرار العبد أي اقرار العبد الاثني انما لفلان (قوله) وهذا يكشف عن مذهبه أي فان قوله وهو ظلم يكشف عن مذهبه أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع الى مذهب أهل الاعتزال لما أن عندهم الاصلح واجب على الله تعالى فكان صيغته المجتهدين عن الخطأ وتقر برهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا

منه كفيل قالوا في شروح الجامع الصغير والاصح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتابي ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) ان ذكره تعهد المذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقر بأن مذهب أصحابنا المتقدمين برأى عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى قال (وإذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه

فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالتكفيل ههنا فبالاجماع وقال من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يده أمين والآخر في يد لان الجاحد حان والآخر لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يخطئ في حنيفة أن القضاء وقع لامتصاصه وقضى منه ديونه وتغذ وصاياه ومن وقع له القضاء به تبرع في المقتضى بيده كونه مختار له وهو الشهود لا نعلم له وارثا آخر

بالنصف

نابت فيما نحن فيه فلا تنقض بيده يدم من هو غير مختار له وإنما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيده من هو بيده باختیار المبت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكفي به كما إذا كان من بيده مقرافانه إنما يترك الباقي بيده كذلك (قوله ووجوده) جواب عما ذكرناه ووجهه أن الحيانة بالجود أمانة تكون باعتبار ما مضى أو ماسي أو بالأول قدر ارتفاع بقضاءه (١٣٣) القاضي فكذلك لزمه والثاني ظاهر العدم لأن الحادث لما

صارت معلومة للقاضي وإن بيده ذلك وكتب في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعله بعدم القناعة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واختراق الخريطة أمور محتملة فكان الجود محتملاً لأن ذلك نادر والنادر لاحتماله (ولو كانت الدعوى في منقول) والمصلحة بحالها (فقد قيل ينزع من يد) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزاع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه إلى الحفظ فلاه ليس بمحقق بنفسه لقبول الانتقال من محل إلى محل وأما أن النزاع أبلغ فيه فلاه النزاع أبلغ في الحفظ لأنه لما جحد من بيده بما يتصرف لحياته أولزعه أنه ملكه وإذا نزعها لحاكم ووضعها في يد أمين كان هو عدلاً ظاهرافكان المال به مغبوطاً بخلاف العقار فإنها محصنة بنفسها ولهذا على الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالان كان الذي هي في يده جاحداً أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده) لهما أن الجاحدين فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختاراً لميت نابت فلا تنقض بيده كما إذا كان مقرافوجوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجود في المستقبل أصيرة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا على الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) إلى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالان كان الذي هي في يده) قد (جحد) فأقيم عليه البيعة (أخذ منه) النصف (فوضعه على يد أمين وإن لم يكن جحد ترك في يده لهما أن الجاحدين) ظهرت خيانتهم بالجحد (فلا يترك في يده) اقرب أن يتصرف فيه مالا اعتقاده أنهم املكه وإن البيعة كذبة أو للحيانة (بخلاف ما لو أقر) أنهم املك الميت مودع عنده فإنه لم يظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها (ولابي حنيفة أن القضاء إنما يقع) أولاً (للميت مقصوداً) لانه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تنقض ديونه ويقسم المال (وكونه مختاراً لميت نابت) مع جحد (فلا تنقض بيده) كما مقر وجوده قد ارتفع بقضاء القاضي (بها للميت) والظاهر عدم وجوده بعد ذلك لصيرة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا اختراق المحضر والثالث نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرتة (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكره الباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج إلى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من ترك في يده أذبحاً يتصرف فيه متأزلاً كما ذكرنا وخيانتهم بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولاجل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

ضرورة أن يقال كل مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول إلى أبي حنيفة رحمه الله واليه أشار بقوله لا كما ظننه البعض وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ليوسف بن خالد الشامي وكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معنى هذا الكلام أنه مصيب في حق عمله حتى أن عمله به يقع صحيحاً شرعاً وإن كان مخطئاً للحق عند الله تعالى (قوله وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً) لأن الوارث قال هذا ميراث ولا راث إلا بثبوت الملك للمورث ولهذا يقدم ديونه على الميراث وينفذ منه وصاياه (قوله ووجوده قد ارتفع بقضاء القاضي) جواب عن قولهما أن الجاحدين (قوله والظاهر عدم الجود) جواب عما قيل لما جحد مرة فالظاهر أنه يدم على وجوده فقال والظاهر عدم الجود في المستقبل لأن من الجائر أن وجوده لا يشبه الأمر عليه وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود وللقاضي أيضاً وبعد ما صار مسلماً مثبتاً في خريطة القاضي يؤمن بجود ذي اليد لعله أنه لا يلتفت إلى ذلك ويؤمن تصرفه فيه لعله أن القاضي لا يمكنه منه (قوله والنزع أبلغ فيه) أي في الحفظ لانه ظاهر وجود ذي اليد يتصرف فيه أما لحياته أولزعه أنه ملكه وأما إذا وضعه القاضي في يد أمين كان هو عدلاً ظاهرافلا يتصرف فيه (قوله وله ذلك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب) أي ولاجل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ يملك الوصي بيعه على الكبير الغائب

قال المصنف (والظاهر عدم الجود في المستقبل لصيرة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي الذي اليد وجوده باعتبار اشتباه الأمر عليه وقد زال اهتبع أن الظاهر ذلك وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك ما كان منع قولهما أن الجاحدين قال المصنف (والنزاع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الهداية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كبديل عما به تقرير الكافي

وكذا وصى الام والاخ والعلم على الصغير) وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضموما عليه ولو أخذ منه لم يكن مضموما على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لأن ما قيل انه لما جرد من يده لم يتصرف بحياته أولزيمه أنه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكثابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانها قبل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه (٤٣٤) بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يحتمل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل

وهنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورقعها فانرضنا رافعا لشيء كان منشئا له هذا خلف - قوله واذا حضر الغائب) اختلاف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى إعادة ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال

وكذا حكم وصى الام والاخ والعلم على الصغير) بملك يبيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده بترك في يده الذي جرد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعها) وهذا لا يرد بما لا يجد كفيلا أولا - مع باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) السكان في غيبته (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم ديننا كان أو عيننا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لأن المقضى له وعليه انما هو المبت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (و واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك

ولو لانه يحتاج الى الحفظ لملك الوصي ذلك وكذا حكم وصى الام والاخ والعلم على الصغير يعني في بيع المنقول من تركه الموصى ولا يكون له بيع منقول ملكه الصغير لان جهة الموصى وهذا لان التركة قبل القسمة ملك المبت ومن وجبه وملك الورثة من وجبه فثبتنا الموصى الحفظ باعتبار ما بقي للمبت من الملك في تركته دون مال آخر لان الموصى اذا كان غير الاب والجد لا يملك يبيع مال الصغير للحفظ ولا للربح وانما ملك وصى هؤلاء يبيع المنقول باعتبار ما بقي للمبت من الملك لا باعتبار ما ثبت للورثة بخلاف وصى الاب لان له البيع باعتبار الملبت وما للورثة اذا كانوا غائرا وفي الذخيرة اما وصى الام لا يملك على الصغير يبيع ما ورثه الصغير عن الاب العقار والمنقول في ذلك سواء لان وصى الام قائم مقام الام والام حال حياتها لا يملك يبيع ما ورثه الصغير العقار والمنقول المشغول بالدين والحال في ذلك سواء (قوله وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر) لحاجته الى الحفظ والحفظ بالترك في يده أتم لانه يصير محفوفا بصورة ومعنى لانه لو هلك في يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضامنا ولو أخذ من يده ووضع في يد أمين لا يصير محفوفا بمعنى لانه غير مضمون عليه (قوله واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة) قال الشيخ الامام على البرذوي رحمه الله وهو الاصح

الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق للمبت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجيء (دينا كان أو عيننا لان المقضى له وعليه في الحقيقة انما هو المبت) لما ذكرنا (و واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة

اذا غاب أحدهما كان للاخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم ديناً على المبت وأقام عليه البيعة ثبت بخلاف في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم ديناً للمبت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافه لكان كالمبت

(قوله أولزيمه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا (قوله فاذا ترك في يده كان مضموما عليه) أقول يعني بخوده السابق وفيه بحث فانه قد رجع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الاولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه إشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقة المشرع (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بان الحاضر ليس يخصم عن الغائب في استيفاء ما عليه المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشرع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كلياً فممنوع ألا يرى الى ضمان الترك وان أراد جزئياً فليس ولا يفيد اللهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ان رفع ذلك بقضاء القاضي فليتنا مل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ)

وجازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بغلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقاتل أن يقول فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فيما زاد ولا يحطوره فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت (٤٣٥) البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كاذراً ما بين

بغلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره وهذا لا يستوفي الانصبة وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الوارثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة)

بغلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائباً عن غيره فلها في الاستوفى الانصبة بنفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الانصبة بنفسه وقوله (الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الوارثة) استثناء من قوله لان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الوارثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصوصية بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولو مات وترك داراً وثلاثة بنين وابن ابن غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخوأي فلان وفلان قبضاً نصيبهما وأودعني وغابا وقال المدعى كنت دارى في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضاً ثلثهما شأواً وعادوا وعادوا فاعادوا فأقيم البيعة أنهما دارى تقبل وذو اليد خصم لان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدق في الارث وحدها حق المدعى فالقضاء ماض وان كذبا وقال لم نرهما من أي نابل ثلثها لئلا بالارث يقال للمدعى أعديتكم عليكم في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتاني قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا قسموها وأودع اثنتان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعى في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا باسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً فيها بخلاف ما قبل القسمة لانه موقوف على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلث الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عند الغائبان وهو مقر بانه ودعية لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصماً للمدعى وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لان الوارث انما يكون خصماً للمدعى على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستر وشي فالحاصل أن أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ايسر في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وان لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النذير والسواقم

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله عن بعض مشايخنا ان على قياس أبي حنيفة رحمه الله يعني أن يعبد البيعة لان تلك البيعة للخاصة كافي العصاص (قوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الوارثة) استثناء عن قوله لان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الباقيين معناه أن استحقاق الكل على أحد الوارثة انما يكون استحقاقاً على الباقيين اذا كان الكل في يده وذكر في الجامع انما يكون قضاء على جميع الوارثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العيب لا تنوجه الا على ذي اليد فانما ينتصب أحد الوارثة خصماً عن الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الميت وعن باقي الوارثة في دعوى الدين على الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة (قوله ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) أي يجب عليه صدقة بجميع ما يملكه من أجناس

على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل ولا مجال لقيامه مقام الميت لان الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتأمل (قوله يعني انه لو ادعى أحد على أحد الوارثة ديناً الخ) أقول فيه انه يجب ان يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن أن يجاب بان المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وبقية تصرف القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل قال المصنف (ومن قال مالى في المساكين الخ) أقول وفي اراد

أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال

نتر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه

لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالمال والالتجيب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى (٤٣٦) بثلاث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول أيضا) أن يقع على كل شيء كما قال به

وان أوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء والقياس أن يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كفي الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة

وأموال العباد ومساكن قوته فاذا أصاب شيئا تصدق بقدر ما أسكن واذا وجب التصديق بأكمله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً ولا لان المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكفيه بعد إلتئاف (وبه قال زفر) والبقى والخبي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلاث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي لبيبة حين قال ان من توبني أن أخرجك من مالي صدقة يجزئك الثالث (اعوم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة) وما أوجب به التصديق ذكره بافظ العموم وعاق ايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالخذ من جنس الاموال يصدق بانه أخذ من أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن جملة على العموم تخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصديق منها أو ما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقييد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبي لبيبة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصد. وأما الوصية فغير نافية على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثالث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذ لم يكن له ورثة فلا نفي لانها انما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة الا اقيام حاجته النافذة في الحياة وعدم البداء بنفسه الامور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى تشيق نفسه وحرجهما وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقييد الابداء المقتضى بعنى أن العموم وان كان ثابتاً لكن ههنا معنى يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه. وعليهم فكان ظاهره في ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عومهم هو أيضا من ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها - نداء أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالباً في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المونة

الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقد والموال السوائم وأموال التجارة بقليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك يتعلق به الزكاة اذا انضم اليه غيره فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذ نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصديق عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصديق بالمال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (قوله لانها خلافة كهي) أي كالورثة من حيث انما يثبتان الملك بعد الموت والله تعالى أوجب الاموال يثبت في كل عين وبين (قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله) وهو مال الزكاة أما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل أي في الحقيقة

زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله) اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستندا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى أموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبيت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أو لانه في معنى الصلاة لانه لا تتفاوت أوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالورثة) من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر دليل آخر بعنى أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة)

مسئلة النذر في فصل القضاء بالموار يث نظرو لعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه

أن ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى والالم يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر (قوله وايجاب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف ايجاب الى لفظ المان

لان الحيافة طلبة الحاجة الى ما تقوم به - واجبه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام الفخر الرازي قول أبي حنيفة مع محمد - هـ ما الله (لانه) أي الارض العشرية والتذ كبير لتذ كبير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجاع لانه يتعمد مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل ينناول كل مال) زكوا يا وغيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في (٤٣٧) الامالي لان ما أملك أعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره

يقال النكاح وملك الغصا
وملك النفقة والمال
لا يطلق على ما ليس بمال
واذا كان أعم ينصرف الى
غير أموال الزكاة أيضا
انظارا لزيادة عمومته فان
قيل الصدقة بالاموال مقيدة

في الشرع باموال الزكاة
فزيادة التعميم خروج عن
الاعتبار الواجب الرعاية
أجاب بان المقيد ايجاب
الشرع وهو مختص بلغة
المال ولا يختص بلغة
المال فبقى على العموم
وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون
ايجاب العبد معتبرا بايجاب
الشرع (والصحيح أنهم ما)

أي لفظ مالي وما أملك
(سواء) فيما نحن فيه
فيختص بالاموال الزكوية
وهو اختيار الامام شمس
الائمة السرخسي (لان
الملتزم باللفظين الفاضل
عن الحاجة) قال في النهاية
ان قوله (على ماسر) اشارة
الى ما ذكر من وجه الاستحسان

بقره ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطال ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشار الى
قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قرأه من قبل فار جع اليه (ثم اذ لم يكن له مال سوى ما دخل تحت ايجاب يسك من ذلك
قوته لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبج أن يتصدق به و يسأل الناس من يومه (ثم اذ اصاب شيئا
تصدق بما أملك ولم يدين محمد) في المتوسط (مقدار ما يسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها

(قوله وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول: نوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لاعتبار
ايجاب العبد به كافي ايجاب الاعتكاف على ماسر نفا لا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة
والهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليأمل

أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجاع لانه يتعمد مؤنة ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل ينناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلغة المال فلا يختص في لفظ الملك فبقى على العموم والصحيح أنهم ما سوا لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذ لم يكن له مال سوى ما دخل تحت ايجاب يسك من ذلك قوته ثم اذ اصاب شيئا تصدق به مثل ما أملك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشي لاختلاف أحوال الناس فيه

غالبه عنده ولا تدخل الخراجية انما قاله بعض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل) لان المقيد في الشرع المذكور بافظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم ما سوا لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله الله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا شك لان عقد اليمين يمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فان وقع باب ارادة العموم الآن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ماسر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم اذ لم يكن له مال لا ما دخل تحت ايجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (يسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (واذا استغاد شيئا تصدق بقدر ما أملك ولم يقدر محمد) مقدار اقل أصل المتوسط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم

هما سببان لان ايجاب الصدقة المصروف الى فاضل ماله في حياته و بعد وفاته يكون جنس ماله فاضلا لاستغنائه عنه بالموت (قوله ويدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله) لان معنى الصدقة في العشر راجع عنده ولهذا لا تجب على الكافر وعند محمد وهو قول أبي حنيفة تزعمها الله لا تدخل لان فيه معنى المؤنة ولهذا لا يعتبر فيه المال كاشبه الخراج (قوله لانه أعم من لفظ المال) لان الملك يطلق على المال وعلى غيره فانه يقال ملك النكاح وملك الغصا وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة في المال وذلك في أن ينصرف الى كل مال يجوز التصديق به فصاوكا أنه قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة حينئذ ينصرف الى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح أنهم ما سواه (قوله والمقيد ايجاب الشرع) وهو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عليه السلام ها تواربوع عشرا أموالكم

بقره ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطال ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشار الى
قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قرأه من قبل فار جع اليه (ثم اذ لم يكن له مال سوى ما دخل تحت ايجاب يسك من ذلك
قوته لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبج أن يتصدق به و يسأل الناس من يومه (ثم اذ اصاب شيئا
تصدق بما أملك ولم يدين محمد) في المتوسط (مقدار ما يسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها

(قوله وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول: نوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لاعتبار
ايجاب العبد به كافي ايجاب الاعتكاف على ماسر نفا لا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة
والهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليأمل

(وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لانه يوم وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه به قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبائع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا ان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية بخلافه لا تضاف الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانابة اقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يغوث النظر لقدرة الموكل وفي الاول يغوث لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل)

(وقيل المحترف بمسك قوته ليوم) لانه يكتب يوم ما يوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنبها بمسك (شهر) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا بعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن بمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (وقوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا بصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا ان الوصاية انابة أى استنبابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنبابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخشى نفسه يفعل كذلك فيستزل علم المتكلم بمنزلة رواية فروج بمسكته شهادته لانه تمام وأبي الطيب (وجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية بخلافه) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاد حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم) كالأمانة (ولهاذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفنا على العلم لا يغوث النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يغوث لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا أثبتت في ضمن الامر بالفعل فغيره وايتان وذلك مثل أن يقول لعبدى اذهب الى فلان بيدك أو لا مرأته اذهب الى فلان فاعلمك أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذلك كرمي في كل الوكاله انه جائز ذكر في الزادات انه لا يجوز فكان فيه وايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم ذكر في الماذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس باعوا عبدى فاني أذنت له في التجارة فبايعوه جازم انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقف الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأجل لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسلط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه يختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية من ذكر انما على يده وهو يحصل الاجماع وانص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بهما سواء) وسند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو شاهدان (أى

وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لانه يوم وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه به قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبائع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا ان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية بخلافه لا تضاف الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانابة اقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يغوث النظر لقدرة الموكل وفي الاول يغوث لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل)

والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لانه يكتب يوم ما يوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنبها بمسك (شهر) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا بعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن بمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (وقوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا بصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا ان الوصاية انابة أى استنبابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنبابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخشى نفسه يفعل كذلك فيستزل علم المتكلم بمنزلة رواية فروج بمسكته شهادته لانه تمام وأبي الطيب (وجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية بخلافه) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاد حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم) كالأمانة (ولهاذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفنا على العلم لا يغوث النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يغوث لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا أثبتت في ضمن الامر بالفعل فغيره وايتان وذلك مثل أن يقول لعبدى اذهب الى فلان بيدك أو لا مرأته اذهب الى فلان فاعلمك أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذلك كرمي في كل الوكاله انه جائز ذكر في الزادات انه لا يجوز فكان فيه وايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم ذكر في الماذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس باعوا عبدى فاني أذنت له في التجارة فبايعوه جازم انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقف الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأجل لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسلط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه يختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية من ذكر انما على يده وهو يحصل الاجماع وانص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بهما سواء) وسند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو شاهدان (أى

(قوله وصاحب الغلة لشهر) أى صاحب الدور والحوائث والبيوت التي يؤجرها الانسان بمسك قوته شهر (قوله كما في تصرف الوارث) لو باع الوارث تركته المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه فكذا الوصى (قوله ومن أعلمه من الناس بالوكالة) أى سواء كان حرا أو عبدا أو كافرا (قوله حتى يشهد عنده شاهدان)

والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح بخلاف الوكالة فإنها لقيام ولاية المستنيب والائابة تتوقف على العلم لانهم لو توقف عليهم لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف على علمه فان لعجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الرايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنوا الكلام في الوكالة يثبت قصد ادائه هذا كما إذا قال بايعو عبدي ولم يعلم به العبدان فيه وايتم في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لشبوهة ضمنا فإذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عادلاً أو على اضداد ذلك بعدما كان مميزاً جاز تصرفه لانه اثبات حق لا لزام (٤٣٩) أمر أي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فعول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولا ي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبراً كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناه والبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناه فيشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة عللاً بالوجهين بخلاف الاول فإنه لم يكن فيه الزام أصلاً لم يكن في معناه أصلاً فلم يشترط

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شرطيهما وهو العدد أو العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل

خبر ان لان افضلة الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يعدل (وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحداً كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما لأن يعلمهما بالفاسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبما يقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاماً على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الزام كذلك كان الزاماً فيه قصور وجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد والعدالة كونه ملزماً من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فإنه لم يكن فيه الزام أصلاً لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على

أي يخبر بخبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط أو واحد عدل ثم في هذا الالفاظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشتبه أيضاً هو قوله حتى يخبره رجلان أو رجل عدل وعن هذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل أو بخبر المأذون فاسقين يثبت العزل والخبر بوجود أحد الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى أن قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الخبر بالخبر فاولى أن يثبت الخبر بالعدد وان لم توجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالزام كخبر الفاسق الواحد في أنه لا يكون ملزماً وأنه يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر الزام من وجه فكانت العدالة شرطاً في الخبرين هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه لو صح هذا الخبر لكان الزاماً بقول الفاسق وذلك لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله وزعم انه هو المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول على ما إذا كان لا يعلم حالهما بالفاسق والعدالة كذا في النهاية (قوله وله انه خبر) ملزم لما فيه من ضرر يلزم الاتحمن حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة من وجه وشبه التوكيل من حيث أن المتصرف يتصرف في ملكه فوجب أن يشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة توفيراً على الشبهين حفظهما والالزام من كل وجه ما كان الزاماً على خصم منكر مشروطاً بلفظ الشهادة (قوله بخلاف الاول) أي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته كعبارة المرسل فصار كأنه حضره وعلى هذا الخلاف اذا أخبر المولى بجناية عبده فباعه

فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمننا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصداً) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه إشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو لا صح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكذلك لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضاً (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول لعله يكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما في الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الخبر صدق العبد أو كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقائه نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما هو هذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد (٤٤٠) الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق أو يبيع كان

لان عبارته كعبارة المرسلة للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنايته عبده والشفع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعدا عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

ان المخبر بالغزل لو كان فاسقا وصدقه ينزول (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنايته عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة فاسها مشايخنا على هذه أما الثلاثة فأحداها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر كان وسولا يخبر فاسقا كان أو عدلا وان كان فضولا يشترط أحد شرطى الشهادة فيحجر صدقه العبد أو كذبه وان كان فاسقا كان صدقه انحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه أو باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان أخبره واحد بالجناية فيكذلك ان كان فاسقا كان صدقه ثم باع أو اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة فلا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها أو أما اللتان في النوادر فأحداها الحر بي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره انسان بماعليه من الغرائض ان كان المخبر عدلا أو أخبره اثنان لم يمتعه حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاءه اجاعا وان كان فاسقا كان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسى الاصح عنده أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظردكرناه في كتابنا المسمى بفتحير الاصول والثانية الشفع إذا أخبر بالسراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهو على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) أى لاجلهم ليوفى دينهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشتري شيئا (لان أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعدا الناس عن قبول هذه الامانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع)

أو اعتقه لا يكون مختارا للدية عنده الا إذا أخبره عدل أو مستورا خلافا لهما والشفيع إذا أخبره واحد غير عدل لا يبطل شفعته عنده والبكر إذا أخبرت بانكاح الولي فسكتت فان كان المخبر واحد غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده والمسلم الذي لم يهاجر إلى الحرب الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بماعليه من الغرائض ان كان المخبر عدلا أو اثنين لم يمتعه الغرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر فاسقا كان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف الذى قلنا وقال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله والاصح عنده أنه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) أى لاجل الغرماء وهم أرباب الديون ههنا وأخذ المال أى الثمن

اختيارا منه للعداء وان أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعل الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بماعليه من الغرائض لم يمتعه وبتركها يجب عليه القضاء وان أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه ونائبها الشفع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وان أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بخلاف وان أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) إذا باع القاضى أو أمينه عبدا لاجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقده هو القاضى أو أمينه (لان أمين القاضى قائم مقام

القاضى والقاضى قائم مقام الامام والامام لا يضمن كى لا يتقاعدا عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على

(قوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولي (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البزوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها وفي حديث آخر ألا فليبلغ الشاهد الغائب أهوالاوى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتل (قوله وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه) أقول اعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لان البيع واقع لهم وله - هذا باع بطلهم) ومن وقع له البيع (٤٤١) يرجع عليه المشتري اذا عذر

الرجوع على العاقد (كأذا كان العاقد صبيًا محجوراً أو عبداً (محجوراً عليه) وههنا قد عذر الرجوع على العاقد لما اذكرنا في رجوع المشتري على الغرماء (فان أمر القاضى الوصى ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجوع المشتري على الوصى لانه عاقد نيابة) فان الوصى اليه الميث فظاهر وان أقامه القاضى فكذلك لان القاضى انما أقامه نائباً عن الميث لانه نفسه وعقد النائب كعقد الميث عنه (فصار كما اذا باعه) الميث (بنفسه) فى حياته وفى ذلك كان رجوع المشتري عليه نهياً يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميث مال يرجع الغريم فيه دينه) أى يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لان هذا الضمان لحقه فى أمر الميث) وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث العقد ووقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملاً له) * (فصل آخر) * جرح

على الغرماء لان البيع واقع لهم ف يرجع عليهم عند عذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجوراً عليه وله - هذا باع بطلهم) (وان أمر القاضى الوصى ببيع الغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجوع المشتري على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميث وان كان باقاة القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصى على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميث مال يرجع الغريم فيه دينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضاً لانه لحقه فى أمر الميث والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملاً له * (فصل آخر) *

بالتن (على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كأذا كان العاقد محجوراً عليه) عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بوجوبهما لان التزام العهدة لا يصح منهما القصور الاهلية فى الصبي وحق السيد فى العبد والاصل انه اذا عذر يتعلق الحقوق بالعاقد تتعلق باقرب الناس الى العقد وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى ان القاضى لا يامر الوصى أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالتين عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصى يرجع المشتري عليه بالتين لانه عاقد نيابة عن الميث وان كان باقاة القاضى اياه عنه ثم الوصى يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصى العبد لفرقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصى والوصى يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجسه وهو الذى ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضى عنه من يقضى دينه) فلو ظهر للميث مال يرجع الغريم فيه دينه) (بلا شك وهل يرجع بمباشرى للمشتري قال المصنف) قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لانه لحقه) ذلك (فى أمر الميث) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بمباشرى ففيه خلاف قيل نعم وقال بعد الامتعة السرخسى لا ياخذ فى الصحيح من الجواب لانه الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى الصحيح كما سمعت * (فصل آخر) * لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضى بانقراده هل

(قوله) كما اذا كان العاقد محجوراً عليه) أطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور والعبد المحجور من وكل صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بوجوبهما لان التزام العهدة لا يصح منهما فى الصبي لقصور أهليته وفى العبد لحق سيده والاصل انه اذا عذر تتعلق الحقوق بالعقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما فى توكيل المحجور وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى ان القاضى لا يامر الوصى أو أمينه الا بعد طلب الغريم ف يرجع المشتري على الغريم (قوله) لانه عاقد نيابة عن الميث) وذلك لان الوصى قائم مقام الميث اما اذا كان الميث أوصى اليه فظاهر وأما اذا نصبه القاضى فكذلك لان القاضى انما نصبه ليكون قائماً مقام الميث لا ليكون قائماً مقام القاضى (قوله) فصار كما اذا باعه بنفسه) أى المدبون اذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته ف يرجع المشتري على الوصى ثم يرجع الوصى على الغرماء (قوله) قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضاً) وفى رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه أبو الميث رحمه الله يجوز أن يقال يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصى أو للمشتري لان هذا الضمان لحقه لأم الميث وفى الجامع الصغير لا يمر تأتى رحمه الله أيضاً الاصح انه يرجع وقال بعضهم لا ياخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث العقد ووقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (قوله) والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم) الوارث اذا احتاج الى بيع شئ من التركة وهو صغير فباعه الوصى ثم استحق رجوع المشتري بالتين على الوصى والوصى على الوارث ولو باعه أمين القاضى رجوع المشتري على الوارث اذا كان أهلاً وان لم يكن أهلاً ينصب القاضى عنه وصياً يرجع عليه ويؤدى هو من مال الصغير * (فصل آخر) *

في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أو لا قال (واذا قال القاضي قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجحه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه رجح عن هذا وقال لا تأخذ بقوله مالم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه لأن قوله بمقتل العاقل والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا لأنهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي (٤٤٢) أخبر عما يملك إنشاء من المتولي يتم من إنشاء القضاء ومن يتم من إنشاء

(واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجحه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل ذلك) وعن محمد رحمه الله أنه رجح عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الخ لأن قوله بمقتل العاقل والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا الذي في زماننا لا في كتاب القاضي الحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء فقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام أبو منصور رحمه الله أن كان عدلا عالما يقبل قوله لا لعدم تهمته بالخطأ والحيانة وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه والافلاوان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الآن يعين سبب الحكم لتهمته بالخطأ والحيانة

يقبل مولى ومعه ولا آخره (قوله وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجحه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجح عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الخ) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث شروى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعد ذلك مالم تكن الشهادة بحضورك وزاد جاعلا على هذا قالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يقيد أن القاضي يشهد وليس معناه الآن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه وليس هناك من يشهد عنده الامام أبو منصور باقامة الحدود وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان يؤدي الأمر عنه ولذا اقتصر محمد على معانية حضور الشهادة من المأمور وهذا (لأن الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لأن القطع بنفيهم ليس إلا لانباء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي) لأن الاتهام ذم في خبره التي الركايب بمفرده واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة لا في كتاب القاضي إلى القاضي) لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق ولما كان عدم الاعتناء بعمل بالفساد والخطأ اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا إطلاقه (فقال الامام أبو منصور أن كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لا لتغيب التهمة) في الدين بالعدالة والخط في الحكم بالعلم (وإن كان عدلا جاهلا استفسر فإن أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما أو جاهلا فإن الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وكلمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء) في الحال (قبل لخلوه عن التهمة) لأن التهمة انما تتحقق في أخبار بار لا يمكن انشاؤه في الحال فيجوز عدم المطابقة أما إذا كان ذلك مما يقدر على انشاؤه في الحال فيجوز كونه أنشأه في الحال معانية الحاضر في ولا يخفى أن الذي

(قوله فإن أحسن التفسير) بأن يقول في حد الزنا أني استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم أو أخذتصا بامن حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عمدا بلا شبهة واجب تصديقه

وقبول قوله والافلاوان بما يظن بسبب جهله غير الدليل دالا والشبهة غير دارنة وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل قال (قوله مالم تكن الشهادة بحضورك) أقول أو الاقرار بحضورك (قوله لأن قوله بمقتل العاقل) أقول لعل المراد بالخطأ ما يعم الكذب (قوله وهو يقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطالع قوله ومن يتم من إنشاء الخ أقول فيه تركا كذا كتب به ما ش نسخة لعامة البحر اوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا إطلاقه أي القبول نقوله لا إطلاقه في باقي الجامع الصغير من عدم تعديده بالعالم العدل فندبر قوله وترك المصنف الخ لعل الخفة التي كتب عليها الشايخ لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

عما أخبر به لم يتم في خبره وفيه بحث وهو أنه من كان من ذلك يجحده أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجري إلى غير ظاهر الرواية من معانية الخ لأن القاضي من أولى الأمر وطاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتناء على قوله من غير استفسار وقالوا به إذا كان القاضي عدلا عالما على هذا تنافي الاقسام العقلية كقول الامام أبو منصور فإن كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمته بالخطأ والحيانة لعدالة وهذا لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وإن كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقائه تهمته بالخطأ فإن أحسن تفسير القضاء بانفسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالخبة أنه أخذتصا بامن حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عمدا بلا شبهة واجب تصديقه

فأقول أيضا للقاضي أسند فعله إلى حالة منافسة للضمان لاسم أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر وأقول للمتنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منة الجنون إذا قال طلقت وأعتقت وأنا جنون إذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لا منافسة إلى حالة منافسة لا يقع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السر حسي أن القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعليه موجب للضمان

كان القول قول المدعي لأن هذا (٤٤٤) الفعل حدث فيضاف إلى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق إلا

بجحة لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فصل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد إلا بجحة بخلاف المسئلة الأولى لأنه ثبت الاسناد بصدقها والصحيح هو الأول وهو اختيار غير الاسلام على البردوي والصادر الشهيد ونظيره إذا قال العبد لغيره قطعت يدي وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا إذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو كسب بالبيع إذا قال بعث وسلمت قبيل العزل وقال المولى كل بعد العزل كان القول للمولى كسب ان كان المبيع مستهلكا كان قائما فالقول قول المولى لأنه أقرب بالاختصاص بالإضافة ثم يدان التملك عليه فكان مدعيها وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب حناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدي وأنت أمي فقالت بسل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر باسناد إلى الحالة المعهودة المنافسة للضمان ولو قلت أقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشي ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالاختصاص ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أحجب بالفرق بأن المولى أقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لافي جهة التملك كقولنا أخذت منك الغاهي ديني عليك أو الهبة لي وهبتها وأنكر في حالة القضاء فانظروا أنه دفعه بحق فيمكن دفعه بها كما إذا كان معينا أي كما إذا كان دفع القاضي المال إلى الأخذ بحكم القضاء في معانية المأخوذ منه مال حكمه لا يضمن الأخذ فكذلك إذا أقر بما أقر به القاضي (قوله فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح) وقال شمس الأئمة السر حسي رحمه الله إذا زعم المأخوذ منه أو الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقرب بالاختصاص بالإضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية وراجع الدراية والعبارة (ولو للزيلعي وقال الزيلعي أو رد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدي وأنت أمي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء خذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان باسناد الفعل إلى حالة منافسة له وأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقر باخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الأذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كالاختصاص (قوله كاسناد من عهد منة الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تامل

فأقول أيضا للقاضي أسند فعله إلى حالة منافسة للضمان لاسم أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر وأقول للمتنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منة الجنون إذا قال طلقت وأعتقت وأنا جنون إذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لا منافسة إلى حالة منافسة لا يقع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السر حسي أن القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعليه موجب للضمان

عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسهل الضمان عنه وأما في الأولى فقد نصادق أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهر إلا الأصل أن يكون قضاؤه محققا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والآن خذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي ضمه لأنهم ما أقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن (٤١٥) نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره

بخلاف الأولى لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق لا يقال إلا خذ والقاطع في الصورة الثانية أسند الفعل إلى حالة منافسة للضمان فكان الواجب أن لا يضمنه كالقاضي لأن جهة الضمان واجبة لأن أقر الرجل على نفسه بسبب الضمان جهة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضا لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الآخر وأقر بما أقر به القاضي أخذ منه المال سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضاؤه وأدعى أنه فعله في غير قضاؤه (لأن الآخر أنكر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الابتجعة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لأن أقر الرجل إلى قوله لا يعارض القطعي) أقول الإقرار دليل ظاهر كافي أول كتاب الحدود

(ولو أقر القاطع أو الآخر خذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان) لأنهم ما أقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأولى لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخر خذ قاضا وقضاة بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضاؤه وأدعى أنه فعله في غير قضاؤه يؤخذ منه) لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الابتجعة وقول المعزول فيه ليس بحجة

الآخر كان القول لا يخرج وكذا القول أكلت طعامك باذنك وقال بغير إذنك فالحق لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في إضاعتهم إلى الحالة المعهودة المنافسة (قوله ولو أقر القاطع أو الآخر خذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقر القاطع والقاضي أني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضاؤه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده (يضمنان) ولا يضمن القاضي (لأنهم ما أقر بسبب الضمان) وهو ما أشرتم ما لاخذ والقطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب خصمه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضييع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الآخر خذ قاضا) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضي والقاطع والآخر خذ في صورة التصديق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ ولا مأخوذ منه مطاافا فانه قد حكم بنفاذ قوله فافاد أن ذلك أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكاً ما إذا كان قائماً فيؤخذ من القاض سواء صدق القاض في أنه أخذ في حال قضاؤه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمدي الزيادة فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذ على وجه الحكم قالوا عنه أن القاضي ما أقر بالاختصاصير شاهد الغير بالكلام الثاني وأقره بالاختصاصير شهادته بالملك لغيره باطلاً ولأن القاض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لأنه ليس شاهد بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان

المقطوعة يده أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لأن هذا الفعل حادث فاما بحال بحسب دونه إلى أقرب الاوقات ومن ادعى فيه تارة بخلافه لا يصدق الابتجعة (قوله وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره) فان قيل قد وجد الاسناد منهما أيضاً إلى حالة معهودة منافسة للضمان فيجب أن لا يضمن أيضاً كالقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها تقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقه ما حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي أيضاً قلنا لو أوجبنا الضمان على القاضي لا تمنع الناس عن قبول القضاء ولأن حالة القضاء منافسة للضمان القاضي لا يحال فكان الاسناد اليها مفيداً أو أما اسناد غير القاضي فعله إلى حالة القضاء غير مفيد لأن ذلك لا ينافي الضمان لا يحال لأنه كمن غاصب يعصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما ادعى من القاضي أمره بالقطع والآخر غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله أعلم

الآن مراد بالقطعة كونه أقوى من قضاء القاضي (قوله لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقص بتغيير الدليل والأولى أن يجاب كافي النهاية بجمع قوله الآخر خذ والقاطع أسند الفعل إلى حالة منافسة للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضي لأنه كمن غاصب يعصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم وأخذ به بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجة فالكلام فيه وكذا حال القطع فليتأمل والله أعلم

(كتاب الشهادات) * أراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود وعند انكار الخصم ومن يماسن الشهادة بالحق أنهم ما مور بهم قال الله تعالى كونه قوامين لله شهداء بالقسط فلا يمدن حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا أنهم مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعانيته وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلغظ الشهادة فلاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معانيها ما يتبعها له ومشاهدته بما يخص به شهادته من السماع في المجموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب أدائها ما يطلب المدعى منه الشهادة أو خوف فوت حق المدعى إذا لم يعلم المدعى كونه شاهداً وشرطها العقل الكمال والضبط والولاية والقدر على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلماً وحكمها وجوب الحكم على الحاكم مقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليرجع جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال (الشهادة فرض (٤٤٦) تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانها أو كد الغرض

(كتاب الشهادات)
قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى

(كتاب الشهادات)

ينبأ أن تعدد على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها لأنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه مقدمة للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صادق لا ثبات حق بلغظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا البعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فتخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للعاجز إلى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركزها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يابى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وانظروا من الكتاب والسنة كثيرة وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ولا يابى الشهاداء إذا مدعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب إنما ثبتت كى لا يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعنى إذا وها بعد العمل فانها تعال للتحصل

(كتاب الشهادة)

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا أنهم مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعانيته لان السبب المطابق للاداء المعانيته وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمى الحاضر شاهداً وأدائه شهادة وهي في الشرع عبارة عن اخبار بصدق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق إذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما فى يده لغيره والدعوى اخبار بما فى يده لغيره لنفسه والانكار اخبار بما فى يده لنفسه والشهادة اخبار بما فى يده لغيره

الشهادة باعتبار أنهم ما مور بها (قوله بصحة الشيء) أقول أى بثبوته (قوله أنهم مشتقة من المشاهدة) أقول لقوله

بالاشتقاق الكبير (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق) أقول فاطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل اطلاق البيع على بيع الحق واطلاق اليمين على الغموس وقدم في الايمان (قوله فلاخبار كالجنس يشملها) أقول ويشمل سائر الاخبار الصادقة (قوله وسبب تحملها) أقول فحمل الشاهد التي هي الاخبار مبني على الكلام النفسى والشهادة تطابق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي (قوله معانيته ما يتبعها له) أقول لاى لثباته بقوله وسبب أدائها) أقول الظاهر أن المراد بسبب وجوب أدائها (قوله إذا لم يعلم المدعى كونه شاهداً) أقول والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعى (قوله والقدر على التمييز الخ) أقول يعنى التمييز بالبرهان (قال المصنف الشهادة فرض تلزم الشهود إذا وها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى) أقول الظاهر أن الواو ليست في حملها الكمال الاتصال بين الجائتين فان الثانية تأكيد لاولى الا اذا عمل قوله إذا طالبهم قيداً للثانية فقط فتمام

بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعى بتحقيقه بالسبب الاداء على ما أمر

(كتاب الشهادات)

(قوله إذا القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود) أقول لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لان المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققة أولاً واليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن يماسن الشهادة بالحق الخ) أقول أى ومن عرفات حسنه ويؤيده قوله فلا يمدن حسنه والافكون الحسن عبارة عن نفس كونه ما مورابه مذهب الاشعري ولا ترغيبه الحنفية (قوله فلا يمدن حسنه) أقول ذكر ضمير

واستدل بقوله تعالى (ولا يابى الشهادة اذ امدادوا) أى ليقبوا الشهادة أو ليحملوها وهو شاهد باعتماد ما تؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهى عن الالباء عند الدعوى وقوله تعالى (ولا تسكنوا والشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهو بظاهره يدل على النهى عن كتمانها على وجه المباغة والنهى عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر للتلازم فيرفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيًا عنه كان الاعلان ثابتًا وهو يساوى الاظهار فيكون ثابتًا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فيكون اظهار الاداء واجبًا قال في النهاية النهى عن الشئ لا يكون أمرًا بضده اذا لم يكن له ضد واحد وماذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه أمر بضده وليس بالصحيح من المذهب ما عرف في أصول الفقه (وأنما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف (٤٤٧) على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما

اذا علم الشاهد الشهادة ولم

يعلمها المدعى ويعلم الشاهد

أنه لم يشهد بضد حقه

فله يجب عليه الشهادة ولا

طلب ثمة والجواب أنه الحق

(قوله واستدل بقوله تعالى

ولا يابى الشهادة اذ امدادوا

أى ليقبوا الشهادة أو

ليحملوها) أقول الاستدلال

بالآية الكريمة على

المطلوب وموقف على أن

يكون المراد اذ امدادوا

الشهادة فلا وجه لقوله أو

ليحملوها في هذا المقام بل

الوجه أن يقلد ليحملوها

لأنهم قبل العمل ليسوا

بشهداء ولا ضرورته دعوا

الى ارتكاب الجناح (قوله

وهو شاهد باعتبار

ما بول اليه) أقول أى على

الاحتمال الثاني (قوله يدل

على النهى عن كتمانها على

وجه المباغة) أقول حيث

أكد النهى بتأكيد بعد

تأكيد وهو قوله تعالى

ومن يكتمها فانه آثم قلبه

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

أقول

لقوله تعالى ولا يابى الشهادة اذ امدادوا وقوله تعالى ولا تسكنوا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوقا لا لطلاق في قصد العمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل المتكلم وافترض الاداء الا في الحدود مجمع عليه وقوله تعالى ولا يابى الشهادة اذ امدادوا محتمل أن يراد النهى عن الالباء عن العمل ادعى اليه ويكون اسم الشهادة مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهى كراهة الالباء عن العمل كراهة تنزيه ومرجعه اختلاف الاولى لان العمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه أولى ويحتمل أن يراد نهى مسمى الشهادة عن الالباء وحقيقة الشهادة من اتصف بالشهادة فيكون نهى من اتصف بالشهادة حقه من الالباء ادعى ولا اتصاف قبل الدعاء الالباء العمل فيلزم كون النهى عن الالباء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المأمور لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتكلم أن يذهب اذ ادعى الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تسكنوا الشهادة وهو يخرج الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فضاء عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتفاء عن المحرم الذي هو الكتمان الالباء ثم أكد سبحانه التحريم المقاد بالنهى بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد في تأكيد قوله تعالى فانه آثم تأكيد واضافة الاثم الى القلب الذي هو

لغيره وقولنا مشروطا بمجلس القضاء ولفظ الشهادة فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود اذ اؤدها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى لقوله تعالى ولا يابى الشهادة اذ امدادوا النهى عن الالباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تسكنوا الشهادة والنهى عن الكتمان أمر بالاظهار وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعيدوا وتحققا الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التأكيد أن اسناد الفعل الى الجرحا التي يعمل بها يبلغ من الاسناد الى الجلة ألا ترى انك تقول اذا أردت التأكيد هذا مما أبهرنه عيني ومما سمعته أذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلت صلح البدن كله وان فسدت فسدت البدن كله ولان أفعال القلوب أعظم من أفعال سائر الجوارح ألا ترى ان أصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من أفعال القلوب فلم يجعل كتمان الشهادة من آثم أفعال القلوب كن هو مشهور داعية بان الكتمان من أعظم الذنوب فان قيل النهى عن الشئ يقتضى في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب كذا كذا في أصول الفقه من أن المختار عندنا أن الامر بالشئ يقتضى كراهة ضده لأن يكون موجبا له ودلا عليه الى أن وكذا على هذا القول يحتمل أن يكون النهى مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب ولهذا نأمن المحرم اسما عن لبس المحيط كان من السنة لبس الارز والرداء فلهذا أن الامر بالاستغفار من النهى يثبت السنة لا الواجب المعاق فضلا عن الغرض قلنا

ألا ترى ان نسبة الاثم الى الكاتم ثم الى قلبه الذي هو أشرف أعضائه اذا فسدت فسد جميع الجسد (قوله والنهى عن أحد النقيضين الخ) أقول وأخصر منه أن يقال النهى عن أحد النقيضين يستلزم امتناعا شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الاعلان ثابتا) أقول وفي معراج الدراية النهى عن الشئ يكون أمرًا بضده اذا كان له ضد مقصود بامر آخر وهذا كذلك لان الادعاء منصوص بقوله تعالى وأقبوا الشهادة (قوله ومالم يجب لا يثبت) أقول أى لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين (قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول بل هو الصحيح من المذهب على ما صحبه التوضيح وغبيرة قال الشيخ الامام راج الدين الهندواني في شرح المغنى أما النهى عن الشئ فامر بضده اذا كان له ضد واحد بانفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمرًا بالايمان وان كان له ضد اذ فقه الخلاف انتهى

بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم هو جوده كان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آتفاً أن طلب المدعى سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعى فانه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعى فالطلب سبب وجوده شرط فلا مخالفة حينئذ قلنا أما تجعله شرطاً وقوله تعالى ولا يابى الشهداء ولا تكتموا الشهادة سيما قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس قال (والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد بين الستر والاطهار الخ) الشاهد في الحدود يخبر بين أن يستز وأن يظهر لانه يخبر بين أن يشهد بحسبة لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوفى عن هتك المسلم بحسبة لله والستر أفضل نقلاً وعقلاً أما الأول فقوله صلى الله عليه وسلم الذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلى لو سترته بثوبك وفي رواية (٤٤٨) بردائك اسكان خير لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما روى من تلقين

(والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد بين الستر والاطهار)

الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم فان فيها دلالة طاهرة على أفضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لا طلاقه وهو لا يجوز تخبر الواحد أو جيب بان الآية محمولة على المدائنة لزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن يقال القدر المشترك فيما قل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه في الستر والدرء متوافر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ما عزر وحكاية مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ما عرلا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله

أشرف أعضاء البدن ورئيسها كيد في تأكيد لانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمسكها بها بخلاف سائر المعاصي التي تخلق بالأعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوبة بمعصية القلب وهو المصل بالفعال فليس هو محل لانه ماها قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريباً فان كان بعيداً فعن نصران كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه ولو كان شيخاً لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فحين أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حبراً فركبوه لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في التنازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاماً فاكلوا ان كان مهياً قبل ذلك تقبل وان صنع له لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهم ما عن أبي يوسف رحمه الله تقبل فيهم ما هو الاوجه للعادة الجارية به عام من حل محل الانسان من يعز عليه شاهد أو لا يؤمنه ما تقدم من أن الاداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الامير يجوز كذا قبل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه أبي بكر فحين لا يعرفه القاضي ان علم ان القاضي لا يقبله فرجوا أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصلح جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يتنوع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا ادعى فاحر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لا يستجاب لاجره انتهى والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة في الحدود) أي الاداء في الحدود يخبر فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن وان كان عاماً لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الذي

هذا فيما اذا لم يقصد ضده كادام بالقيام في الصلاة ليس بنهي عن القعود قصد أو ما اذا كان ضده مقصوداً كالامر بالامان يكون نهياً عن ضده اذ ضده مقصود بنهي امر ويجوز كذا النهي عن الشيء أمر بضده اذا كان ضده مقصوداً وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله ولان الامر بشيء له ضد واحد يقتضي افتراض الضد ليحقق موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الا بآداء الشهادة فكان آداء الشهادة فرضاً كفرضية الانتهاء عن الكتمان (قوله والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد بين الستر والاطهار) لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي عن الهتك والستر أفضل

(قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازاً (قوله لان معنى كلامه الى قوله فلا مخالفة حينئذ) أقول فيه بحث فان سببية الشيء للشيء لا يكون الا بعد وجود الشيء الاول فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العمل عللاً أخرى فافهم (قوله قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول الاول مسلم والثاني ليس كذلك قال في التوضيح في تعريف الحكم الخطاب نوعان اما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واما وصفي وهو الخطاب بان هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لاطهار (قوله ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ) أقول العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد أي شهداء الديون (قوله وقيل ان الخبر الاول ورد في ما عزر) أقول اذا كان وارداً في حكاية ما عزر ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله والذي شهد عنده فتأمل (قوله لان شهرة حكاية ما عرلا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول التخصيص اضافي

لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده
لو سترته بشو بك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر علي مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل
من تلقين الدرر عن النبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر

شهد عنده لو سترته.. و بك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمروفي في الحديث أن هذا قاله صلى
الله عليه وسلم لهذا لذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بن زبير عن أنس بن مالك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لرجل من أسلم لم يقل له هذا لو سترته برءائك لكان خيرا لك والمراد به جمع الضمير في قوله سترته معز
رضي الله عنه مروى أبو داود عن يزيد بن زبير عن أبيه أن معاوية بن مالك أتى النبي صلى الله عليه وسلم فافترق
عنده أربع مرات فامر برجوه وقال له لو سترته بشو بك لكان خيرا لك وان هذا هو الذي أشار على معاوية
أن يأتى النبي صلى الله عليه وسلم ويعرض عنده ولم يكن شاهد إلا معاوية فخرج أبو داود عن ابن
المنكدر أن هذا الأمر معاوية أن يأتى النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم ورواد وقال شعبة قال يحيى
فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن زبير عن أبيه عن معاوية بن مالك أن معاوية قال لرجل من أسلم
صحح الإسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هذا الحديث بطرف ردا لك لكان خيرا
لك قال يارسول الله لم أدرك في الأمر سنة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبي هريرة عن ستر علي مسلم
ستره الله في الدنيا والآخرة ورواه البخاري ومسلم وتلقين الدرر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أي تلقين
ما يحصل به الدرر دلالة ظاهرة على قصده إلى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود
مخصوصا ممن عوم تحريمه فذلك ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة قال أتى بسارق إلى النبي صلى الله عليه وسلم
فقبل يارسول الله أن هذا مارق فقال ما حاله مرق وروى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم أتى بص قد اعترف
اعترافا ولم يوجده معه منع فقال له صلى الله عليه وسلم ما حالك سرق قال فاعاد مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع
الحديث وروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلك قبلت أو غرت أو نظرت قال لا
الحديث قد مناه في الحدود فإن قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد
وأيضاً شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك قلت هذه الأخبار الواردة في طلب الستر بلغت
مبلغاً لا تحيط به عن درجة الشهرة لتعدد متوهم قبول الأمة لها فصحت التخصيص بها وهي مستند الإجماع
على تخيير الشاهد في الحدود فثبوت الإجماع دليل ثبوت التخصيص وأما المقارنة فأنما هي شرط التخصيص في
نفس الأمر وهذا التخصيص الذي ادعينا هنا ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض
من كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضاً بان يحمل على تخصيصه به فإذا وجب
للجمع حله على ذلك تضمن الحكم من أن كان مقارناً وانما ليست تخصيصاً أول (١) كما أننا إذا جئنا في
التعارض المحرم على المبيع وثبت صحتها تضمن حكمنا أن المبيع كان مقدماً على التحريم فنسج حكماً وجوب
ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم ناريحه وكثيراً ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع
المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الأما كن
ما ذكرناه هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى ولا ياب الشهادة إذا ما دعوا فاما إذا قيدناه بما إذا دعوا
للاشهاد في الدين المذكور أول الآية أي قوله تعالى إذا نادى يقيم بين إلى أجل مسمى فأكثبه ثم قال ولا ياب

لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ولو سترته بشو بك لكان خيرا لك فان قيل هذا الذي ذكره معارض
لإطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لجوب الشهادة فإنها هذه الآية
محمولة على الشهاد في حقوق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المدانة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا
نادى يقيم بين إلى أجل مسمى إلى أن قال ولا ياب الشهادة إلى ولا تكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور
والدليل العقلي سائمين عن المعارضة ثم انهم حيدلان على التخيير وأفضلية الستر على ما هو المذكور في الكتاب

تعالى غنى عن العالمين وليس
ثمة خوف فوات الحق فبق
صيانة عرض أخيه المسلم
ولاشك في فضل ذلك

فان في عتق الأمة وطلاق
المرأة يحرم الستر والكتمان
وليس ثمة خوف فوت حق
المحتاج فتأمل وجه الجواب
أن التخصيص اضافي
بإضافة إلى حقوق الله
تعالى التي تستوفي لاحقيق
أو نقول المراد الخوف أو
الكتمان في الحقوق التي
تستوفي انما يحرم الخ
(١) قوله أول ضم الهمزة
وفتح الواو جمع أولى

(قوله إلا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخبر وهو منقطع لأن الشهادة بالمال ليست بدخلة في الشهادة في الحدود وإنما يجب ذلك لأن فيها الحياة لمحق المسروق منه (٤٥٠) فيقول أخذ ولا يقول سرق بحافظة على السر ولا نه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان

(الأنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ) أحياء لمحق المسروق منه (ولا يقول سرق) بحافظة على السر ولا نه لوطهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجتمع القطع فلا يحصل أحياء حقه (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفةين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص

الشهداء يعني بذلك الدين فظاهر (قوله إلا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله يخبر في الحدود فإنه يقتضي أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال أحياء لمحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق فإن الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد به مع أن فيه مصلحة للمسروق منه لأنه إذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال إن كان ألتفه (قوله والشهادة على مراتب) أربعة منها (الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطالع عليه الرجال من النساء أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن عجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفةين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفةين يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام في زمانهما بعدهما ما كان من غيرهما لا الاتباع ولأن النص أو جوب أو بعترجال بقوله تعالى أربعة منكم فقبول أمر اثنين مع ثلاثة تخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الأمر المعارضة بين عموم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فتقدم هذه لأنهما مع تلك مبيحة وأيضاً هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرر فإنه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة إلى ما ليس فيه زيادة تعيد ولأن فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لأن قوله تعالى فإن لم يكونا رجلين الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهما إلا عند عدم رجال يشهدون وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البسديسة لكن لم يكن لمالك ذلك مع محموله عند أهل الإجماع نزلت إلى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرج في الشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء المذكرا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان

وأحد هما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضيق حق العبد فلا يجوز والاقسام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغنى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز في عين الشهادة على المال دون السرقة قال (والشهادة على مراتب ورتبها) الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ أربعة تعين في العدد والذكورة وأما الإسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها أو ما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى بأشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة الذمساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفةين) يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصها بالذكر

والمعنى فيه أن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوت حق المدعى المحتاج إلى أحياء حقه من الأموال وذلك في حقوق العباد وأما الحدود فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه في ذلك أن يختار الشاهد جانب الستر وكان هو أفضل صيانة له تلك عرض أخيه المسلم (قوله منها الشهادة في الزنا) يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فإن قيل في هذه النصوص بيان تجاوز العمل بهذا العدد وليس فيها بيان في ذلك بدون العدد قلنا لمقادير في الشرع لمع الزيادة والنقصان أو لمنع ما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يمنع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة فكان هذا قضية متعلقة من جهة الشرع فينتهي إلى ما أنها ما الشرع إليه (قوله والخليفةين من بعده) أبو بكر وعمر رضي الله عنهما

(قال المصنف إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة) أقول استدراك من قوله يخبر في الحدود إذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه (قوله ولفظ أربعة منكم) أقول فيه بحث الآن راد النص المصالح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده) أقول إذ وقف الأربعة على هذه الفاحشة فما يتحقق

وردد في حقهم من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر (ولان في شهادتهم شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجال) في غير الحدود وقال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سباق قوله تعالى فن لم يجد فصيام ثلاثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقة انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كاللاية الثانية وليس شهادتهم كذلك فانما اجازة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندري بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقه وحد العتق (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذ كورة والبلوغ خلا لآن باب الزنا خرج بما تلوينا فبقى الباقي على تناوله (قوله ولا تقبل شهادة النساء) ويجوز ان يكون جوابا عما يقال فالاية هذه عقيب بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل (٤٥١) وامرأتان وليست شهادتهم فيها

مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهم فان قلت ما مسلك الحديث من الاية ههنا ان تخصيص أم نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزمان من هذه وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة أو النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلافين يدل على نفيه لصدور الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز لزيادة به قال (وما سوى ذلك من الحقوق الخ) وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أي الوصاية لانه في تعدد ادغير المال (ونحو ذلك) يعني العتق تقبل فيها شهادة رجلين أو

لان فيها شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتق والعدة والحالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وقوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانما لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وقوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب المال وكذا دفع العتق وقبض نجوم الكتابة الانجم الخ غير نفيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وكقول الشافعي رحمه الله قال مالك وعن أحمد روايتان رواية كقولنا واية كقولهم ما قصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فليحق الجرح بطاير رجلين في كل حادثة وكذا العادة ان يوسع فيما يكثروقه عنه بخلاف

(قوله ولان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان قبل هذا النص ورد في المداينات لما مر فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص قلنا العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب حتى ان هذه الاية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرة بالاقرار ومرة بالشهود ولا حتى تثبت شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حسد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنتين من الشهود ومن سائر الحقوق ببقية الحدود فثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس ان يكفي بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما ثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبالغوا حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (قوله كما ذكرنا) اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية (قوله والوصية) أي الابصاء لانه في تعدد ادغير المال (قوله ونحو ذلك) كالعتق والنسب (قوله وقوابعها) كالاجارة والاجارة والسكافة والاجل

رجل وامرأتين بما تلوينا (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وقوابعها) كالاجارة والسكافة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهم عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانما لا تصلح للامارة (ولهذا) أي ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن) لانها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد (لكثرة وقوعها ودون خطر هافلا يلقى بها ما هو اعظم خطرا او اقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص

(قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخلف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار اليه مع امكان المبدل منه فليست امل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذ كورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل يضم الجيم وسكونه مع رف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعته يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تأمل

(ولنا أن الأصل فيها القبول لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التي يحصل بها العلم والضبط الذي يثبت به العلم إلى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي (ولهذا) أي ولكون القبول أصلاً فيها (قبل اخبارها في الاخبار) ولعنا أن يقول ما ذكرتم مما يمتنى عليه أهلية الشهادة إما أن يكون له أو شرطاً لا سبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لاجتماعها لافرادى والثاني كذلك لعدم توقعها عليها كذلك لاجتماعها لافرادى على أنه لا يلزم من وجودها وجود المشر وط والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وإنما هي علة لأهلية قبولها فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية يقول الذكور أيضاً وفاته أحد الأمور المذكورة للمشاهدة أو الضبط أو الاداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وإن كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يرد في كلام المصنف مضاف أي أهلية قبول (٤٥٢) الشهادة (قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيه

أن يقال إن ذلك بعد التسليم انجبر بضم الأخرى البها فلم يبق بعد ذلك الأشبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايضاء والاموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك إمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك ثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلمن فيها ومناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع

مراتب الأولى استمداد العقل ويسمى العقل الهولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في

في الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ولنا أن الأصل فيها القبول لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء إذا بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبق وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى البها فلم يبق بعد ذلك الأشبهة فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات

النكاح فإنه مع كونه أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بالخرج بالاشتراط ولذا قال تعالى في الرجة وأشهدوا ذوى عدل منكم والرجعة من نواحي النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف (ولنا أن الأصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الأصل عدم القبول ثم أثبت هذه بوجود ما يمتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعتراض بأن المشاهدة والضبط أهلية الاداء لأهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال ببق أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتن لاحاديث الاحكام المترتبة للامنة فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم ان جعل الشارع الشنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار وجوه عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيراً من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغلهم بالهم بالمعاش والمعاد وقله الامر في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط وزياد النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل أحداً منهما فتذكر أحداً منهما الأخرى لكن ذلك انجبر بضم الأخرى البها فلم يبق حينئذ الأشبهة فلم تقبل فيما يندرى بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وأما عدم قبول الأربع فعلى خلاف القياس كأنه كى لا يكثر خروجهن

وشرط الخيار (قوله لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة) أي أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الاداء أي لفظ الكتاب نوع اختلال لا يثبت بها أهلية الشهادة لأن هذه الأشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم (قوله ونقصان الضبط بزيادة النسيان) جواب عن الشافعي رحمه الله بقوله الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك لنقصان انجبر بضم الأخرى البها

وهذه

مراتب الأولى استمداد العقل ويسمى العقل الهولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في

(قال المصنف ولنا أن الأصل فيها القبول لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة) أقول يعني أهلية قبولها فإلضاف مقدور (قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول والامكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلاً للشهادة (قوله لعدم توقعها عليها) أقول اتقدم أهلية الشهادة على الاداء (قوله كذلك) أقول لاجتماعها لافرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجودها وجود المشر وط) أقول يعني أهلية الشهادة (قوله فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول لا يلزم من هذا التعديل التوقف على العلية الآن يرتكب التأويل في كلامه بأن يراد بالعلية المدخلة فيها (قوله وهو القبول) أقول أي أهلية القبول (قوله ولم يذكر الجواب عن قوله) أقول فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلمن) أقول في صحاح كتاب الاعيان من المصابع عن أبي سعيد الخدري قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحية أو فطر إلى المصلى فمر بالنساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني أرى تسكن أكثر أهل النار فقلن والله فقال تسكنن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب

ممدافطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكرية بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابسة هو أن يستقصرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيها مناط التكليف وهو العقل بالملكة فمن نقصان مشاهدتها لم يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبية ان نسبت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهم دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم من ناقص عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلح للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أضافتامل (قوله وعدم قبول الاربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهم قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرهما فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة

الرجل الحازم من احدا كن قان ومائة صان ديننا وعقلنا يا رسول الله فقال أليس شهادة (٥٣) المرأة مثل نصف شهادة الرجل فان بلى قال

ذلك من نقصان عقلها قال
أليس اذا حاضت لم تصل ولم
نصم فلن بلى قال فذلك من
نقصان دينها انتهى
الحديث الشريف وأنت
خبير بان ما ذكره الشارح
مخالف لظاهر الحديث
قوله في تحصيل البديهيات
(الخ) أقول فيسهلهم
لوجوب احتجابهم وسنهرن
أكثر البديهيات بحجوبة
عنهم كما لا يخفى (قوله)
لكان تكليفهم دون
تكليف الرجال في الاركان
وليس كذلك) أقول فيسهل
ان تكليفهم دون تكليف
الرجال الا يرى أنه لا تفرض
لهم الصلاة أيام حيضهم
فتأمل في جوابه (قوله)
ولذلك لم يصلح للولاية
والخلافة والامارة) أقول

وهذه الحقوق تثبت مع الشهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهم قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالاف واللام يراد به الجنس فيتناول

(قوله) وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعي أن يكونا مالكين لثنتان كل ثنتين يقومان مقام

(قوله) وهذه الحقوق تثبت مع الشهات) اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يثبتان مع الهزل ولا كراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرهما مع الهزل فلما ثبتت هذه الاشياء أعني البيع وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان ثبتت بشهادتهم النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل أولى وأما الوكالة والوصية والاموال فانه يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها مع الشهات فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضا وان كان فيها شبهة البدلية وقيل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أولى وفي باب شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهيد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتم فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضوع ثم المصحح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كافي الزنا (قوله) والجمع المحلى باللام يراد به الجنس) أي اذا لم يكن ثمة معهود والسكول ليس بمراة قطعا فيراد به الاقل ضرورة لبطان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع وعلي ابن أبي ليلى في اشتراط الثنتين ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح مال كماله كان ابن أبي ليلى

ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية (قوله) والعيوب من النساء في موضع الخ) أقول قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الاصبع الزائدة (قوله) فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة) أقول فيه شي فان ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف ثم لا يخفى انه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذي كرى فانه يفيد في الحكم عساغده في الروايات فلا صوب أن يقال سكونه عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتامل (قوله) لا عكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول عبارة النهاية ثم اعلم انه ذكر ههنا ثلاثة أشياء تخص شهادة امرأة واحدة وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لاني حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل أيضا فماله ذكر في الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذلك ذكر في باب شهادة النساء من شهادات المبسوط وقال ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتم فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضوع ثم المصحح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كافي الزنا انتهى بعبارة أقول القياس على سابق المراتب أي مراتب الشهادة يقتضي

رجل واحد فيها قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال أن الألف واللام إذا دخل الجمع ولم يكن معه هود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأة تبين تقوم مقام رجل واحد في الشهادات قوله (ولأنه) دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق لتخفيف النظر لأن نظر الجنس أخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فصار إليه الأثنى والثلاث أحوط لمساقيمه من معنى الإلزام واعتراض بان في هذا التعديل نوع مناقضة لأنه لو كان جواز الإكتفاء بنظر الواحدة لحقة نظرهما لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً (ثم حكمها) أي حكم شهادة امرأة (٤٥٤) واحدة في الولادة (شرحناه في الطلاق) يعني في باب ثبوت النسب حيث قال وإذا تزوج

الرجل امرأة فغابت بولده لستة أشهر فصاعداً فحده الزوج والولادة ثبتت بالولادة بشهادة امرأة واحدة وإن قال لامرأة أنه إذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال تطلق وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة يعني ثبتت الولادة بقول امرأته وعندهما بشرط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت ماهرة أو مبيعة لابد من نظر النساء إليها للعاجة إلى فصل الخصومة بينهما فإذا نظرت إليها وشهدت فاما أن تتأيد شهادتهن يؤيداً ولا فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليهما ما يؤيدها فعلى هذا إذا شهد بانها بكر فإن كانت ماهرة تزوج في العنين سنة ويفرق بعده لان

الرجل امرأة فغابت بولده لستة أشهر فصاعداً فحده الزوج والولادة ثبتت بالولادة بشهادة امرأة واحدة وإن قال لامرأة أنه إذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال تطلق وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة يعني ثبتت الولادة بقول امرأته وعندهما بشرط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت ماهرة أو مبيعة لابد من نظر النساء إليها للعاجة إلى فصل الخصومة بينهما فإذا نظرت إليها وشهدت فاما أن تتأيد شهادتهن يؤيداً ولا فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليهما ما يؤيدها فعلى هذا إذا شهد بانها بكر فإن كانت ماهرة تزوج في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت بالأصل

الرجل ولما لا أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقى العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لم يمكن اعتبارها في العهد إذا عهدي مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فصحة واحدة ولا أكثر أحسن فقلنا كذلك وروى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطالع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيونهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورأى ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضاً أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الأعلى ما لا يطالع عليه إلا من عورأت النساء وله مخارج أخر قال المصنف (ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق) أي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل

(قوله) لأن نظر الجنس أخف لعدم الشهوة) وهذا بعد الموت تخسل المرأة المرأة والرجل الرجل فكذا بسقط اعتبار العدد أي لأن نظر الجنس أو الجنس أخف بسقط اعتبار العدد شرطاً ليقول النظر وبقى احتياطاً والمثنى والثلاث أحوط لمساقيمه من معنى الإلزام وهذا يشترط فيها الحرية والسلام وللفظ الشهادة واخترت مجلس القاضي (قوله) ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب وهو قوله إذا تزوج الرجل امرأة فغابت بولده لستة أشهر فصاعداً فحده الزوج والولادة ثبتت بالولادة بشهادة امرأة واحدة (قوله) والعيب يثبت بقولهن) أي في الحال وقيام العيب في الحال شرط لعصاة الخصومة فيحلف البائع بأنه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية الخلف أن كان بعد القبض بالله ائتمس لها وهي بكر وإن كان قبله بالله أنها

وهو البكارة وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك واقتضى البيع وهو اللزوم وإن قلن أنها ييب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن لأن الغرض قولي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فحلف بعد القبض بالله لقد سلمتني بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد سلمتني بحكم البيع وان نكول المشتري وان نكول المشتري فان قبل شهادة النساء حجة فيما لا يطالع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والخلف ترك العمل بالحديث أجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والخلف فإن المشتري إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية الخلف والا كان القول للبائع لئلا يمسك بالاصل

ما ذكره في النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام: شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه) أقول إذا نكول المشتري (قوله) فحده الزوج والولادة ثبتت بالولادة بشهادة امرأة واحدة (قوله) والعيب يثبت بقولهن) أقول فيه بحث أظن ثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله) وإن قلن أنها (الح) أقول وفيه بحث يعلم من ليس بمراد قطعاً (قوله) فعملنا بها (الح) أقول فيه بحث أظن ثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله) وإن قلن أنها (الح) أقول وفيه بحث يعلم من

فاذا قلن انهما ثبت العيب في الحال وقيل بالحديث ثم يخلف البائع على أنه لم يكن بهذا العيب في الوقت الذي كانت في يده وأما ما شهدا من على استهلال الصبي ففي حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهما فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانه من أمور الدين وشهادتهما فيها حجة كشهادتهما على هلال رمضان وعندهما في حق الارث انضمام مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرون هاء عدا فصار كشهادتهما على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا يعتبر بشهادتهما ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولا بد في ذلك كله من العدالة الخ) لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون (200) حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهذا يتناول

الاجتناب عن الكبار وترك الاصرار على الصغار (ولغظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت (أما) اشترط (العدالة) فلقوله تعالى بمن ترضون من الشهداء والفاقد لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (ولان) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة) هي المعينة للصدق فهي علة الحجية وما سواها معدات (لان) من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد) يتعاطا أيضا عن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان وجهيا أي ذا قدر وشرف (في الناس) ذا مروءة أي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها الغتان (تقبل) شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول) يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا

على نفس الولادة قال (ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغظة الشهادة) فان لم يذكر الشاهد لغظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته (أما العدالة) فلقوله تعالى بمن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (ولان العدالة) هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطا وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجهيا في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح

فقال فاجابها فتفق نظري البها تقبل اذا كان عدلا ولو قال تعددت النظرات لتقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعددت النظرات لتقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت البها فانكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخبر فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها ما بدت بجو يد وهو موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهما بجو يد باعتبرت في توجه الخصومة لافي الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشترها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب بره النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري لتأيد شهادتهما بجو يد هو الاصل وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهما ضعيفة ولم تتأيد بجو يد لكن ثبت حق الخصومة فتوجه اليه على البائع لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وأما شهادتهما على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الاشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسروع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانما انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهما على نفس الولادة بقوله لما قال الشافعي وأشهدوا رجلا (قوله) ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل ونال وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاختلاف أما اشترط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى بمن ترضون من الشهداء ولان العدالة هي المعينة لجبهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على سواء بالنظر الى نفس المقوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح اخبار المدعي بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجهيا في الناس) كما شرى السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لانه لا يستاجر لشهادته الزور لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح) لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا

بكر (قوله) ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغظة الشهادة) أي في جميع ما تقدم (قوله) والاول أصح) وهو عدم وجهها ذا مروءة كان أولا (أصح) لان قبولهما كرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا ثبت الفاسق فالحقه قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف (قوله) فاذا قلن انهما ثبت العيب الخ) أقول فيه انه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهما حجة ضعيفة الخ فان الحكم في شهادة الرجال بالعيوب كالاباق كاذ كرهنا بل افرق فليست بالاجواب أن الفرق فيما اذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشتري اذا حلف البائع كاف في ضعف حجه وابقه نامل (قوله) ثم يخلف البائع الى قوله كانت في يده الخ) أقول فاجابها فتفق نظري البها تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح (قوله) وأما اشترط العدالة الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم) أقول فان قبل بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق واذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشترط العدالة قلنا المطلق ينصرف الى الكمال (قوله) وما سواها معدنات) أقول فيه بحث لأن يحمل على المعدنات فالصنف (و) يمتنع عن الكذب لمروءته) أقول فحججه

بوجه مكفهر والمعان بالفق لا مروءة له (الكن القاضي لو قضى بشهادة الغاسق صح عندنا وأما اللفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا الامر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا ذات بياهم وتم واستشهدوا شهدوا وشهد من من رجالكم وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لاندفع (٤٥٦) (ولان في لفظ الشهادة زيادة توكيد) لدلائلها على المشاهدة (ولان قوله أشهد

من ألفاظ البين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فإنه لا يعجز تبديل ما هو أصح فيه به (قوله في ذلك كله) برديه ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الازام

المسئلة في باب من تقبل شهادته وفي التبديل مغارة (قوله بوجه مكفهر) أقول أي شديد العبوس قال المصنف اذ الامر فيها بهذه اللفظة أقول فيه كلام لانه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ما ذكره وجوابه أن الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو المزمع للقاضي لا مطلق الاخبار فتأمل (قوله ولان في اللفظة الشهادة) أقول الاولى أن يجعل هذا الوجه للدلالة النصوص على الاشتراط اذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا

الآن القاضي لو قضى بشهادة الغاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح والمسئلة معروفة وأما اللفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله أشهد من ألفاظ البين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله إشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها يقبل (الآن القاضي ان قضى بشهادة الغاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة) فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا الامر فيها (أي في النصوص) بهذه اللفظة (قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم) وأشهدوا اذا تابعتم واستشهدوا وشهد من من رجالكم فاستشهدوا واعلمن أو بعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذارأيت مثل الشمس فاشهدوا حاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غايتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى ووربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحرم عن التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو أن اللفظة الشهادة أقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كالعلم والتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألفاظ الخلف فلا امتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذارأيت مثل الشمس فاشهدوا فزاد لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فإنه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وعظم فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط

قبول شهادة الغاسق مطلقا سواء كان ذا وجهة أو لم يكن وذلك لان قبول الشهادة لا كرام الشاهد كما قال عليه السلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحب الحقوقيهم وفي حق الغاسق أمرنا بخلافه قال عليه السلام اذ القيت الغاسق فالتدبر بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة شرعا فلهذا لا تقبل شهادته وقوله وأما لفظ الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها (أي وردت في النصوص بلفظة الشهادة) والاشهاد والاستشهاد نحو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا ذات بياهم واستشهدوا شهدوا وشهد من من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا اللفظ التكبير ورد النص بلفظه قال الله تعالى ووربك فكبر ومع ذلك أجاز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تبديله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله أكبر وألله أعظم قلنا التكبير للتعظيم وفي قوله الله أعظم صريح التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا وبذكر القسم استعمالا فلما كان كذلك فالحكم المعاق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جوازا معلقا بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد فيه النص من الذي ورد لفظ الشهادة فيراعى فاما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدي حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا (قوله في الولادة وغيرها هو الصحيح) احترازه عن قول العراقيين وذكر الامام الترمذ في قوله القابلة في مسألة الولادة وهل يشترط لفظ الشهادة في شرح أبي بكر رحمه

مسئلة على المدعى كفعاله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول جواب عما يقال ما الفرق بين الامر المشتق من شهادة الشهادة وبين غيرها من الاوامر حتى روي في الاولى باللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبير (قوله اذ لا وصول الى القطع) أقول يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى أن يقال يكفى بالظاهر للاستحقاق اذ لم يكن ثمة منازع كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذ لم يكن له منازع وهنا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم في الشهود

حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرمة والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها الغلبة الشهادة
فاذا أقام المدعي الشهود فلا يتخلوا ما أن يطعن الخصم أولاً فان كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يفتقر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا
يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروى مثل ذلك عن عمر
رضي الله عنه ولان الظاهر هو الاثر جار مجرم في دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لالا استحقاق وههنا ثبت للمدعي
استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما أشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتب بالظاهر لاحتج الى التزكية وتبول قول
المزكي في التعديل أيضا على بالظاهر لمان الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام (٤٧٧) قيسه كالاول وهلم جرا ويدور أو

يتسلسل ويجوز أن يقال
الظاهر ههنا اعتبار للرفع
للاستحقاق وبيان ذلك
أن دعوى المدعى وانكار
الخصم تعارضا وشهادة
الشهود وبرائة الزمة
كذلك وبظاهر العدالة
ان دفع معارضة الزمة فكان
دافعا (قوله الا في الحدود
والقصاص) استثناء من
قوله ولا يسأل عن شهود
حتى يطعن الخصم الا في
الحدود والقصاص فانه
يسأل عن الشهود لانه
يحتاج لاسقاطها فيشترط
الاستقصاء فيها ولان الشبهة
فيها دارئة فيسأل عنها عسى
يطلع على ما يسقط به ذلك
وان كان الاول يسأل عنهم
بالاتفاق لان ظاهر حال
المسلم في الشهود معارضة
بحال الخصم اذا ما من فهم
فان الظاهر أن المسلم
لا يكتب بالطعن على مسلم
لاجل نظام الدنيا فيحتاج
القاضي حينئذ الى التراجع
(قوله وبيانه أنه لم يكتب
الخ) أقول والظاهر أن

شهادة لما يقبض من معنى الا لزام حتى يختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرمة والاسلام (قال أبو حنيفة
رحمه الله يفتقر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه
السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروى عن عمر رضي الله عنه ولان
الظاهر هو الاثر جار مجرم في دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا في الحدود والقصاص فانه
يسأل عن الشهود) لانه يحتاج لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم
لفظ الشهادة لان ما خبر كالمشهد على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب
من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه
ليس الشهادة بل الاخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر بعدل القاضي بجحى ورمضان يقبل
قوله ويايها الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرايط القضاء أما في العبد فيشترط
لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد اهـ ولهذا احتجوا الى الحل في اثبات الرضائية قالوا يدعى عند
القاضي بوجه كالمعقود بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود
بذلك فيقضى بالمال فيثبت بجحى ورمضان لان اثبات بجحى ورمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره أيضا في
شهادات الخلاصة واتفق السكك على اشتراط الحرمة والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا
فالدعي يجوز أن يشهد على مثله عندما (قوله قال أبو حنيفة) يعني لما تفاق الامم الاربع على وجوب العدالة
قال أبو حنيفة يفتقر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب
عن محظوراته فاقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف واه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر
رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد منابعض وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف أو جرح أو شهادة أو زنا أو طين في ولاية أو قرابة أو إقرار أو دق على من طريق فيه عبد الله بن أبي
حيد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه وأخرجه الباقين من طريق آخر غير الطريقتين جيده وإذا كان
الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها اذ لا قطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم تزداد قوة الظن ولا موجب
اطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود
والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتياالا لئلا يدر بما يجوز عن التزكية
الله قال مشايخ بلخ وبخاريين شرطوا قال العراقيون لا واتفقوا على انه تشترط الحرمة والعقل والبلوغ والاسلام
(قوله وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع) جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لالا استحقاق وههنا
يثبت المدعى استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب أن لا يكتب بالظاهر فاجاب أن الظاهر قائم مقام الدليل

(٥٨ - (فتح القدير الكفاية) - سادس) يبين عدم إمكان الوصول الى القطع لو ترك المزكي بخبر عن عدالة متمسكا
بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالة ان جرحه عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة طاهرة عليها لو لم يستقطعها اذ
لا ينسد احتمال فساد الاعتاق مثلاً فتمل (قوله فالجواب ما أشارنا اليه بقوله) أقول الظاهر أن يقال ما أشار اليه بقوله (قوله ويدور ويتسلسل)
أقول مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة ان دفع الخ) أقول فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول بل من قوله يقتصر
الحاكم (قوله ولان الشبهة فيها دارئة) أقول فيه بحث فان وجه السؤال اذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس الا لانه يحتاج لاسقاطها فاندرج
هذا التعليق في التعليق الاول فساو وجه عدة تعليل مستقلة فلا أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تنمة التعليق الاول لكان أولى

وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لأن مبنى القضاء على المحنة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطالان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (الاختلاف عصر وزمان) لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان (٤٥٨) الغالب منهم عدولا وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك

فيهم سال عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسال طالبا للرجوع (وقال أبو يوسف ومحمد رجما لله لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لأن القضاء مبني على المحنة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطالان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال (ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلي ويزدها المعدل) كل ذلك

فيندرئ الحدود ومطالوب وأورد أن الظاهر انما يكتفي بالدفع والشهادة فوجب الاستحقاق وأجيب بان الظاهر في الشهادة كالتقاطع لما يمكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهرا فیسأل وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يعطن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ممن عرف حرم وحدت شهادته وانما يسأل اذا شك وانما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لأن القضاء يبنى على المحنة وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عند العدول ذلك ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك وكونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخاف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم والعصاة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما الاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا جته وبرهان وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الإصلاح بخلاف زمانهما وما قبل بانه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصالح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتى في القرن الرابع فبعض فقيه نظر فان أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمس مائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخير به بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان أكثر من التزم الاسلام لم يحتج بمحارمه فلم يبق مجرّد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض * فرع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تحض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء

أبو حنيفة لقول بقولهما ولهذا قال (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) قال (ثم التزكية في السر الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالأولى (أن يبعث القاضي المستورة) وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويضعها مزايدا منه إلى المزكي سميت بذلك لأن المستورة نظر العوام (إلى المعدل) مكتوبا (فيها النسب والحلي) بضم الحاء وكسر داجع حلية الانسان صفة ومأوى منه من لون وغيره (والمصلحة) أي مسجد الله حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال وفقها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوق فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائر الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الوثق أو يقول الله يعلم إذا أذاعه غيره وخاف أنه لو

القطعي لماله لا يمكن الوصول إلى الدليل القطعي وذلك لأنه لو لم يكتب بظاهر العدالة يحتاج إلى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل أيضا على الظاهر لما أن المزكي في قوله عدل غير كاذب لأن المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلم يكتب بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر يجب أن لا يكتفي بظاهر عدالة المزكي أيضا لأنه على الظاهر فيمنع يحتاج إلى مزك آخر في تعرف عدالة المزكي الأول وكذلك في الثالث والرابع وهذا أمر يؤدي إلى التسلسل وقولهم أن الظاهر لا يكتفي بالاستحقاق فلما قد يكتفي له إذا لم ينزعه آخر ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينزعه المشتري في ذلك وههنا أيضا كذلك لأن كلامنا فيما إذا لم يطعن المدعي عليه في الشهود ولو طعن فيمنع يسأل عنهم كالأول أعلم المشتري الشفيع فيما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه (قوله لأنه تقابل الظاهران) لأن الظاهر أن لا يطعن كذبا (قوله وفيه صون قضائه عن البطالان) أي على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا يطل القضاء (قوله

لم يصرح بذلك قضى القاضي بشهادته في ذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور وتردها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك

(قال المصنف لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية) أقول لعلم الواو يعني أولمخ الخ لوجي ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل (قال المصنف) ثم التزكية في السر أن يبعث الخ) أقول فيه تسامح فانه ليس تزكية بل التزكية فعمل المزكي لكن المراد معلوم

في السر كليا يظهر فيجذع أو يقصد (وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتتفق شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا تحريزا عن الفتنة يروى عن محمد رحمه الله تركية العلانية بلا عوقفة ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد

الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلح إلى أي مسجد محلتهم وينبغي أن لا يختار المعدل صالحا زاهدا كي لا يجذع بالمال مامونا أعظم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكى صاحب خبرة بالناس مداخلهم لا منزوا يعانهم فال هذا الامر لا يعرف الا بالخاطلة والمداخلة فان لم يجد الا أهل مجلسه يسألهم عنه فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تركية السر المرأة والعبد والمحدث اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تركية العلانية الا من تجوز شهادته في شرط فيها ما يشرط فيها الا لغلطة الشهادة فغلطان تركية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هو لا يقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل روايته لاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكى هو عدل مرضى مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضيان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك او يقول والله أعلم الا اذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستورا ثم برد المستورة مع أمين القاضي اليه كل ذلك في السر كي لا يظهر الامر فيجذع المزكى أو يقصد بالاذى وأما العلانية فلا بد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتتفق شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للعق ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة وقد روى عن محمد أنه قال تركية العلانية بلا عوقفة ثم قيل لا بد أن يقول

أن يبعث المستورة إلى المعدل المستورة اسم للرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا يد أمينه إلى المزكى سميت بها لانها تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون وغيره والجمع حلى بالضم والكسر والمصلح قيل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة وهو الظاهر وصورة تركية السر أن يبعث رسولا إلى المزكى أو يكتب اليه كتابا فيه أسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومجالهم وسوقهم ان كان سويا حتى يتعرف المزكى فيسأل عن جيرانهم وأصدقائهم فاذا عرفهم فن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك السر أو يقول والله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته حينئذ يصرح بذلك ومن يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستورا وصورة تركية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد ويقول للمعدل أهذا الذي عدلته أو يقول للمزكى بحضرة الشهود أهؤلاء عدول مقبولو الشهادة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول أي في عهد الرسول عليه السلام وأصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف من المدعى ولا من الشهود لانهم كانوا متقادين للعق ولا يقابلونه بالاذى لو جرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السري في زماننا تركت تركية العلانية لانها بلا عوقفة فتنة اذا الشهود والمدعى يقابلون الجراح بالاذى قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أقبل في تركية السر المرأة والعبد والمحدث اذا كانوا عدولا وأقبل في تركية العلانية الا من تجوز شهادته لان تركية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به أمر ديني وقول هو لا في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا الا ترى انه يقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله عليه السلام ويجب الصوم بقواهم وأما تركية العلانية فظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كالا يجب الا بالشهادة حتى شرط في المزكى في تركية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصيرة وأن لا يكون محدودي قذف سوى لفظ الشهادة وعلى هذا تركية الودلول في السر جائزة لانهم من باب الاخبار كذا في الذخيرة وأول من سأل في السر

سرا كي لا يظهر فيجذع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتتفق شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت تركية العلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل لما كان يتوقى عن الجرح اعظم مقابلتهم الجراح بالاذى (ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا) لان العلانية بلا عوقفة لمقابلتهم الجراح بالاذى (يروي عن محمد أنه قال تركية العلانية بلا عوقفة ثم قيل لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد

(قوله كي لا يظهر فيجذع) أقول بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول الصواب أو يقصد بالاذى على تقدير الجرح

يعادل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحرية وانما يسأل عن عدالته قال أبو حنيفة مترجمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التعريض على قول من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعي عليه هم عدول الا أنهم أخطوا أو نسوا أو يقبل اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق (وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تركيته لكن عند محمد يضم تركيته آخر الى تركيته لان العدد شرط عنده) هذا اذا كان عدلا يصلح تركيته فان كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجعده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند السك (ووجه ظاهر ٤٦٠) الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح

يعادل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعي عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تركيته لكن عند محمد يضم تركيته آخر الى تركيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطوا أو نسوا أو اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق (واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمهما الله لا يجوز الاثنان والمراد منه المزكي

المعدل هو عدل جاز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية تنظر الى الدار فيكتفى به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة مترجمه الله تعالى يقول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعي عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لان العدالة شرط في المزكي بالاجماع وعن أبي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تبديلا لكن عند محمد يضم تركيته آخر الى تركيته أي تركية الخصم لان العدد عند محمد في المزكي شرط وموضوع المسئلة أن يقول هم عدول الا أنهم أخطوا أو نسوا أو مالوا قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعي عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ * (فروع) اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعد الا اذا طال فوقت محمد شهر أو أبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله) واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان والمراد من رسول القاضي (المزكي) وهو المسؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكتفى في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في

شرح رضي الله عنه حتى قيل له أحدثت يا أبا أمية قال أحدثتهم فأحدثنا (قوله) وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود أي قال أبو حنيفة مترجمه الله تعالى يقولها وذكرنا في جامعهم ثم فرغ أبو حنيفة رحمه الله على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة لم يقبل قول الخصم أي المدعي عليه (قوله) واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود أراد به المرسل الى القاضي وهو المزكي

معدلا) لا شرط العدالة فيه بالاغنى ولما قيل أن يقول تعديل لخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطوا أو نسوا) ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه وبورد الغير لانهم والجواب أنه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطا والنسيان فاني يكون اقرارا قال (واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود) بلفظ المبني للمفعول (واحدا جاز والاثنان أفضل) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الاثنان ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول ههنا هو

وهي

(قال المصنف وهذا أصح) أقول الاظهر أن يعمل بالتعديل الاول في ديواننا (قوله على قول من يقول بالسؤال اذا سأل) أقول يعني اذا سأل القاضي قال المصنف ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره) أقول قال العلامة علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير وهذا كما اذا جحد الخصم فاما اذا كان ساكنا وهو ممن يجوز أن يرجع اليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح وكان كافيا عند أبي يوسف وعند محمد يضم الى ذلك آخر حتى يتم التعديل انهم وفيهم ذلك من اشارة الهداية أيضا (قال المصنف وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الخ) أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد فاذا كان المدعي عليه عدلا يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله الآن يقال شهادة الشهود تتضمن حرجه

المزكى ولا شك في ذلك اذا هن الفعل مبني للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى) ورسول المزكى الى القاضي (والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها (يشترط فيها شرطان ظهور العدد وغيره كما يشترط العدالة ويشترط الذكورة وفيه في الحدود) والاربعة في تزكية شهود الزنا (ولهما انه ليس في معنى الشهادة وهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما يشترط فيها سنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكيم ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار (٤٦١) فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك

وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى والمترجم عن الشاهد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشرط فيه العدد كما يشترط العدالة ولا يشترط الذكورة في المزكى في الحدود والقصاص وله ما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشترط العدد امر حكيم في الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكى في تزكية السر) حتى صلح العبد من كيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاص رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء فالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

*) (فصل) وما يتعمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه

رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشرط فيه العدد كما يشترط العدالة ولا يشترط الذكورة في المزكى في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها وله ما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلهما وما لا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرط لا علة ولهذا وقع التفرقة بينهما وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على أن التزكية تكون بجماع يعلم اعتبارها واشترط العدد في الشهادة أمر تحكيمي في الشهادة يعني تعبدى وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا يزاد على كونه تعبدى اذا في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكلا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها أى لا يتعدى الشهادة الى التزكية وهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشرط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاص مع أن الوجه المذكور يجري فيه وقد من أن زيادة شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم

*) (فصل) يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه

(قوله وما يتعمله الشاهد على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى يكون هو تمام السبب لذلك الحكم (قوله على هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى) معناه من ينقل قول المزكى الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكى (قوله واشترط العدد امر حكيم) أى أمر ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه السلام وفي حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لكننا تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا يتعداها أى فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله أعلم

*) (فصل) (قوله أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى لا يحتاج فيه الى الاشارة بل يجوز أن يشهد بونه ولا

دون الاستحوا له أشار بقوله على ما قاله الخصاص قال في الخلاصة شرط الخصاص أن يكون المزكى في العلانية غير المزكى في السر أما عندنا فالذي تزكيتهم في السر تزكيتهم في العلانية (فصل) لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتعمله الشاهد وهو على نوعين أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج الى الاشارة

(قال المصنف وكذا العدد بالاجماع) أقول اذا كان المستند هو الاجماع لا بد من شيء يحتاج بالاولاهام (فصل) فيما يتعمله الشاهد (قوله في بيان أنواع ما يتعمله الشاهد) أقول أراد بالجمع معنى المثني كالا يخفى (قال المصنف) أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول أى يثبت حكمه كإلى القدم المقابل ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تعمر بره كإلى صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه أى لا يحتاج الى

مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من السموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم كذا رأى ما كان من البصرات كالغصب والقتل جازله أن يشهده وان لم يشهده لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبها وكل من علم ذلك جازله الاداء لوجودها هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قبل جعل العلم بالموجب ركن في الاداء بخلاف النصفين ج. عاقلان ما يدلان على شرطية لا على ركنية ما اذا احوال شروط وادام موضوعه للشرط وأجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك لاشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) اذا سمع المبايع ولم يشهد عليه واحتج الى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب) بحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بان قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النعمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النعمة) والمثبه لا يقيد العلم فاتفى المطلق للاداء

الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا (٤٦٣) اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى قال الفاضل الشهير بمحض شاه كذا في النهاية وليس

مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهده وان لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قال (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني) لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النعمة تشبه النعمة فلم يحصل العلم

قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد بجماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع يبيع معاطاة في الذخيرة يشهدون على الانسداد والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقول ولا يقول أشهدني لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو أي علم الموجب الركن المستوع لاداء الشهادة لانه لاحقية تسويع الاداء وسواء وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويع الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون فاذا دان من شهد علم بالحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا والالم يكن ممدوحا وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم يقينافن هذا صرحوا بانه لو قال له لا تشهد على باسمه منى ثم قال بحضرة له رجل بقى لك على كذا وغير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة

كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في الظاهرة وأما الشهادة في ما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد أي فيما يعرف بالسماع مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم أو رآه كالغصب والقتل وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء أي في تجوز الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون والتمسك بالآية على قوله وسعه أن يشهده لانه أطلق أداء الشهادة بمجرد العلم

كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يقيد بظهور المقر به بنفسه وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا تثبت الحكم بنفسها بل اذا نقله الى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري أن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الاعلام انتهى وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع

ثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة بما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية (الا

لما أن الذي يفعله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقرير الكلام يشهد له كالا يخفى (قال المصنف مثل البيع) أقول الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة وذلك مؤول أي مثل ما يحصل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول اذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول وكالبيع اذا كان بالتعاطي (قوله بما يوجب) أقول متعلق بعلم (قال المصنف قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون) أقول وأنت تسخير بان العلم هنا وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتعديد من دليل فتمثل (قوله قبل جعل العلم بالموجب ركن في الاداء) أقول بل هو ركن في اطلاق الاداء أي في تجوز الاداء (قوله واذا موضوعه للشرط) أقول ان أراد انهم موضوعه للشرط المستطع عليه في عسرف الفقهاء فسلم والسند ظاهر وان أراد انهم موضوعه للشرط النحوي فسلم ولا يقيد لانه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فان القيام اليها سبب للظهور لا لشرط كالحصاح به في الاصول

وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس لأبيث مسالك غيره فسمع اقراره داخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان جازله أن يشهد بحديثه وكذا اذا رأى شخص المقر حال اقرار رقة العجب وليست روية الوجه شرطاً ذكره في الخبر لانه حصل العلم في هذه الصورة قال (ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها) (٤٦٣) الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهداً

يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته لان الشهادة (أي شهادة الاصول) (موجبة بالنقل الى مجلس القضاء) ولا يكون النقل الا بالانابة والتحويل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل لباصر الموكل واثنان اشارة الى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

(قوله وشهد عنده اثنان) أقول الظاهر أن يقال أو شهد فان في الصور الاولى تمس الحاجة الى الشهادة اذا علم أن المكان في داخل البيت من هو قال المصنف فاذا سمع شاهداً يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد الخ) أقول علله العلامة النسفي في الكافي بقوله لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود وعليه وازالة الولاية الثانية للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحويل منه انتهى ولا ممانعة دليل صاحب الهداية الى هذا فليتأمل في أنه هل يمكن ارجاع مافي الهداية الى ما ذكره صاحب الكافي بان

(الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسالك غيره فسمع اقراره داخل ولا يراه أن يشهد) لانه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهداً يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته الا أن يشهد عليها) لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحويل ولم يوجد (وكذا لو سمع اشترى عبد وادعى على البائع عيباً فلم يشته فباعه من رجل فدعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم في المستدرک والبيهقي في المنبر فمن حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد اودع صحبه الخا كرو تعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشهور وضعفه غير واحد انتهى والمعلوم أن النسائي وضعفه ووافقه ابن عدى وفي العبارة المذكورة مما يفيد أنه يختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشك من وراءه لا يجوز له أن يشهد ولو شهد وفسره للقاضي بان قال سمعته باع ولم أر شخصه حبر تكلم لا يقبله لان النعمة تشبه النعمة الا اذا أحاط بعلم ذلك لان المسوق هو العلم غسيران رؤيته متكاملاً بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز ذلك بان يكون دخل البيت فراه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منقذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الاقرار والبيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في الاضية ادعى على ورثة مالا فقالا لشاهد أن فلان المتوفى قبض من المدعى مرة فبها دراهم ولم يعلمكم وزعم ان فهم اقدرها وانهم اداهاهم وان كلهم جياذم بايع عليه يقينهم بذلك فاذا شهد به جاز وفي الفتاوى اذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها حينئذ يجوز أجل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا (الشهادة على امرأة لا يعرفها) سأل ابن محمد بن الحسن أباً سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انهم فلا توهل بشرط رؤية وجهه المختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواجه رزاده وفي النوازل قال يشترط رؤية شخصها وفي الجامع الاصغر يشترط رؤية وجهها وانت تعلم أنه لا بد من معرفة تعبد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت أن التعريف يغني تمييزاً لم أن لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواجه زاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد حينئذ يجزى الخلاف المذكور وأنه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة وبوافقه ما في المنتقى تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فسات فشهدا عنده أن المقررة فلانة جازله أن يشهد عليها في الخلاصة وفي المحيط شهدا على امرأة سمياها ونسبها وكانت حاضرة فقال القاضي أنعر فانها فان لا تلاته قبل شهادتهما ولو قال تحملناها على السمية بغلانة بنت فلان الغلانية ولا بدري أنهما هذا وقد حصل ذلك بل روي في المراتب والسماع في المسوعات والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله حلال في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شرط وشرطي قوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وانما جعله ركناً لزيادة تأثيره في توقف صحة اداء الشهادة على العلم (قوله فلا بد من الانابة والتحويل) لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود وعليه وازالة الولاية الثانية للغير ضرر عليه فلا بد من

يجعل دليل على صحة تصرفه قوله فلا بد من الانابة والتحويل على ما فرغ عليه كما يفهم من اشروح قال المصنف (وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القاضي) أقول قال الزياطي وصاحب النهاية ولهذا اعتبر عدالة الاصول انتهى وقال ابن الهمام وهذا الاطلاق يقتضيه أنه لو سمع يشهد في مجلس القاضي حصل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ لمزمنة انتهى وفيه تأمل سيحى في العنايتي في باب الشهادة على الشهادة فنقل عن الفوائد الظاهرية وقد قصد ترتيب هذا الدليل أن القراع لا يسمع الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه

فانما حاله بمجمله بطريق التوكيد بل بطريق التعميل قال الامام غفر الاسلام اما على قول أبي حنيفة فتوابعي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع
 لكن يحملهم انما يصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليس بصير حجة فيبين أن
 التعميل حاصل بما هو حجة فلما لم يكن يدهن النقل لم يكن يدين التعميل وفي مطالبته لا ناسلنا أن النقل لا بد منه ولكن توقفه على التعميل يحتاج
 الى بيان فلو سلم كافيته أن نقول الشهادة على الشهادة تحمیل لاننا نعني بها الا ذلك ولا تحمیل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمع يشهد
 الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لانه ما حله وانما سجل غيره قال (ولا يحل للشاهد اذ ارأى خطه الخ) الشاهد اذ ارأى خطه في صل ولم يتذكر
 الحادثة لا يحل له (أن يشهد لان الخط يشبه الخط) والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم (قبل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله) بناء على أنه لا يعمل
 بالخط و بشرط الحفظ ولهذا قالت (٤٦٤) روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء (وعندهما

يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لانه ما حله وانما سجل غيره (ولا يحل للشاهد اذ ارأى
 خطه أن يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قبل هذا على قول أبي حنيفة
 رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقبل هذا بالاتفاق وانما الخلاف

أم لا صحت الشهادة وكلف المدعي أن يأتي بأشهرين يشهدان أنهما فلان بنت فلان بخلاف الاول لانهما هناك
 أقرا بالجهالة فبنات الشهادة فهذا ونحوه يفيد ما قلناه ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على
 الشهادة فاذا سمع شاهد يشهد شي لم يجوز أن يشهد على شهادته الا أن يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه
 لان الشهادة شجرة وجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتعميل ولهذا لو سمع يشهد
 شاهد على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لانه ما حله وانما سجل غيره وهذا الاطلاق يقتضي أنه لو سمع يشهد
 في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانما بحيث لازمة * (فروع) * كتب الى آخر رسالة من
 فلان الى فلان كتبت تتقاضى الالف التي لك على وكتبت قضيتك منها خمسة وثلاثين على خمسة مائة وكتب الى
 زوجته قد بغني كتابك تسالني الطلاق فانت طلاق طاعت ساعة كتب ويغني عن علم ذلك أن يشهد بالمال
 والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتب صل وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأ عليهم قال
 لماؤنا لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه وقبل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه اذا قرأه
 عليهم أو أروا ويكتب وهم يقرؤنه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضور الشهود فقال لهم هو اشهدوا على بما فيه
 ولو قرأه عليه فقال الشاهدان تشهد عليك بما فيه فقرأه رأسه بنعم بل انطق فهو باطل الا في الاخير ومثله
 ما اذا دفع اليهم وصية مخنومة وقال هذه وصيتي وختي فاشهدوا على بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه وعن أبي
 يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه
 أن يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم أنه انما يجوز لهم أن يشهدوا في المسئلة السابقة
 اذا كان الكتاب على الرسم المعروف باب كان على ورقة وعنوان كها هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهدوا
 على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الاقرار والاطلاق لا بد منه القاضي ودين فيما بينه وبين الله تعالى أمالو وآه
 كتب ذكر حق على نفسه لرجل على ذلك الوجه ولم يشهد به لا يحل لهم أن يشهدوا بآداب من الجواز كونه
 للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة بخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما ياتي ان
 شاء الله تعالى في كتاب الاقرار (قوله ولا يحل للشاهد اذ ارأى خطه أن يشهد الا اذا تذكر شهادته) التي صدرت
 الانابة والتعميل منه (قوله وقبل هذا بالاتفاق) اشارة الى أول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد اذ ارأى خطه

يحل له ذلك) رخصة (وقيل
 هذا) أي عدم حل الشهادة
 (بالاتفاق) وانما الخلاف
 فيها اذا وجد القاضي شهادة
 انتهى وفي اطائف الاشارات
 ولا يشهد على شهادة غيره
 بلا اشهاد لانه نقل فلا بد
 من التعميل عندهم صح
 لو سمع يشهد بمجلس الحكم
 قوله لم يجمله بطريق
 التوكيد بل بطريق
 التعميل) أقول ولهذا لو
 غنى عن الشهادة بعد
 انشاده لا يصح غيره ويجوز
 له أن يشهد (قوله لكن
 تحملهم انما يصح ببيان
 ما هو حجة) أقول اذا فائدة
 في تحمل ما لا يصير حجة ثم
 المراد من قوله ما هو حجة
 كونه حجة في المال (قوله
 والشهادة الى قوله بما هو
 حجة) أقول اذا علم لهم
 قبل النقل تكونها حجة فعمل
 القاضي لا يقبلها لاسر
 لا يجيبا به علم الشاهد (قوله
 ولكن توقفه على التعميل

بحاجة الى بيان) أقول ويمكن أن يبين بأنه اذا لم يكن بل تبين تقبل شهادة الاصول وظاهر أن نقلها انصرف على الاصل
 من حيث زوال ولا ينسب في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الانشهاد فلا بد من التعميل كافي سائر الولايات
 (قوله فلو سلم كافيته أن نقول الشهادة تحمیل الخ) أقول كيف يقدان والشهادة صفة الفروع والتعميل صفة الاصل الا أن يقال
 انما كالتعليم والتعلم والايجاب الوجوب وفيه نظر نعم الانشهاد على الشهادة تحمیل كسائر الاشهادات لكن الكلام في احتياج الشهادة
 الى الانشهاد (قوله لاننا لانعني بها الا ذلك) أقول يعني على مذهب ما ثم نقول فيه بحث فان احتياج الشهادة على الشهادة الى التعميل يحتاج
 الى البيان بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة (قال المصنف وانما الخلاف الى قوله يؤمن عليه الخ) أقول قوله او قضيته اي حكمه يعني فيما يجوز
 لانما يكون الخ ودليل أبي حنيفة لعدم التجوز قد مر انما هو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا

فيم اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان ما يكون في قطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان لفصله العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصلح لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة وأخبره قوم من يثق به أنا شهدنا نحن وأنت

منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه ولا قطع وكذا الخصاف ذكره في أدب القاضي ولم يحكم خلافا ولم يحكم الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الأئمة قال المصنف قبل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يحل له أن يشهد وقبل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهدت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده فهو بذلك لم يجز له أن يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن احمد وعنده أبي يوسف ومحمد اذا وجد في قطره تحت ختمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك واجد في رواية وكذا اذا رأى قضيته أي رأى حكمه مكتوبا في خريطة وهي القمطره ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما وشمس الأئمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان حنيفة الحكم وأما في شهادة الشاهد بمحدها في صلح وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجه سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاث وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوى في الحديث قال محمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تبسييرا وقال يعنى الخط اذا كان معروفا أو أبو يوسف في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده أو يد أمينه وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعنى خطه وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلاف فهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صرح أن تكون فائدة أنه أن يتذكر خريطة المحفوظة عنده أن يرجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط وراينا كثيرا تتحاشى خطوطهم حتى ان رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيها مالكا شاعرا أدبيا فاجاؤنا خط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يعرف الانسان بين خطيهما أصلا ودمايين بالنون بلدة بالصعيد ولقد أخبرني من أتق بصلاحيه وخبره أنه شاهد جلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف ووضع رسم شهادته في صلح فأخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه وهذا قول أبي يوسف ويعتضى أنه لو كان الصلح في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد اذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد قال اذا كان الخط في حوزة يسعه أن يشهد وقال في المجرى قال أبو حنيفة لو شهدوا على صلح فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخوأتنا لكان لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيئا من ذلك فان أنفذه قاض غيره ثم اختصموا اليه فيه أنفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد أنه لو ذكر للقاضي أني أشهد من غير تذكر الحادثة بل بعرفه خطي لم تقبل فانه لم يحكم خلافا ولو نسي قضاة ولا يحل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا فهذا على هذا فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضى بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد يقضى به وهو قول احمد وابن أبي ليلى وعلى هذا لو سمع من غير حديث ثم نسي الأصل روايته أن يشهد (قوله وعلى هذا اذا ذكر المجلس) أي لا يحل للشاهد أن يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه

وشهود شهدوا عنده واشتبه في قطره أي خريطة وجاء المشهود له بطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم (أو قضيته) أي وجد حكمه مكتوبا في خريطة كذلك فان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهم يجوزون لان القاضي لا كثرة أشغاله يجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يصل المقصود بالكتاب انجاز له الاعانة عليه عند النسيان الذي ليس يمكن الترخو عنه فاذا كان في قطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل اليه يد غيره والقاضي مأمور باتباع الظاهر (ولا كذلك الشهادة في الصلح لانه في يد غيره وعلى هذا) الاختلاف (اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم من يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت) فانه قبل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقبل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه (الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بهما من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة) بالاشتقاق (٤٦٦) الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب (وذلك بالعلم) أي المشاهدة وكأنه من باب

القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسمع بل لابد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه الأمور المستولم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بهما من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس

للفرع ثم سمع الفرع يروي عنه عند أبي حنيفة عن أبي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسبها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا وأنه أعلم أن في تخريج المسائل الست اشكالا لأن المذكو ر عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبو يوسف أنكر وقال ما روي لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما إذا صلي أو بع أو ترك القراءة في إحدى الأولين وأحدى الآخرين أنه يلزمه قضاء أو بيع فقال أبو يوسف ما روي لك الأربعة وهذه الصورة ليست من صور نسيان الأصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الأصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الأصول ولا خلاف في حفظ فيه بين المحدثين والأصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يحزم بالانكار فلا ينبغي اعتباره قول محمد رحمه الله نعم إذا صح اعتباره ما ذكره عنه تخريجاً على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بهما من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ويشترط كون الأخبار بلغة الشهادة وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكفي بالخبر واحد عدل أو واحد وهو المختار بخلاف ما سواه لأنه قلما يشاهد حاله عند الموت الواحد لان الإنسان يهابه ويكرهه فإذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك الخبر أنه شهد بموته أو بخبرته أو دفنه حتى يشهدا لا تخبرهما وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموت لم يسع لاحد أن يشهد بموته إلا أن شهد بموته أو سمع ممن شهد بذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخفاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الأخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواترهم عن الكذب عند أبي حنيفة وعند محمد إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحمل الشهادة وأبو بكر الاسكافي كان يفتي بقولهم ما رواه واختيار النسبي وفي النكاح لم يشترط المصنف مع رؤية دخوله إلى آخوه أن يسمع من الناس أمهارة ووجهه وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق ثم قول أحمد قولنا فيما سوى الدخول وقول الشافعي رواية عن مالك والمصنف لم يحكم بخلاف بل جعل قياساً واستحساناً فالقياس عدم الجواز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة فإن الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحداً بعد اشتراكهما في الحروف والأصول والمشاهدة منتبهة يعني القطع فلا يجوز كافي البيع وغيره كإلوه بالاستغاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان أن العادة جاريت بذلك وذلك بسبب أنه لا طريق إلى الشهادة ولم يذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة (قوله والدخول) لأنه أمر

(قال المصنف ولا يجوز للشاهد إلى قوله ولاية القاضي) أقول سيجيء في آخر هذه الصيغة جواز الشهادة في الأموال بالتسامع (قوله قد تقدم الخ) أقول في الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه من المواجهته وقال هناك الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كاهنتين تناسب في اللفظ والمعنى ويجوز أن يكون الثلاث مشتقة من المنسجمة بهذا الاشتقاق (قوله وكأنه من باب القلب) أقول يجوز أن يكون الباء للملازمة

ويتعلق

(قوله ويجوز أن يكون إلى قوله ولم يحصل)

أقول السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل الآن يقال الالف واللام عوض عن المضاف إليه أي من أسباب علم المشاهدة فليست بالمتعلق بالمصنف وجه الاستحسان إلى قوله خواص من الناس) أقول الظاهر أن اعتبار الأسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء إلا أن يحمل على التقلب وفيه شئ

(وقد يتعلق بها أحكام تبنى على انقضاء القرون) كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملاك في قضاء القاضى وكال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى ذلك) وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمع كل أحد فان قيل هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيه ما نحن فيه (واجاب بقوله) (واجاب بوجوه) (والشاهد) (يعنى) لان سلم أن لا علم فيه ما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بالخبر من يثق به كما قال في الكتاب) وبين ان العدد فين يثق به شرط وهو (أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأة ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبي يوسف (٤٦٧) ومحمد رحمه الله وأما على قول أبي حنيفة

فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع
ذلك من العامة بحيث يقع
في قلبه صدق الخبر وإذا
ثبتت الشهرة عندهما بخبر
عديدين يشترط أن يكون
الاختصار بلفظ الشهادة على

ما قالوا إلا أنها توجب زيادة
علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر
(وقيل يكتفى في الموت
بأخبار واحد أو واحدة)
فسرقوا جميعاً بين الموت
والأشياء الثلاثة أى
النكاح والولادة وتقليد
الامام القضاء لأن الغالب
فيها أن تكون بين الجماعة
أما النكاح فإنه لا ينعقد
إلا بشهادة اثنين والولادة
فإنها تكون بين الجماعة في
الغالب وكذلك تقليد الامام
للقضاء وأما الموت (فإنه
قلما يشاهده غير الواحد إذا
الإنسان جهابذة ويكرهه
فيكون في اشتراط العدد
بعض الحرج) بخلاف
النسب والنكاح (وقوله
وينبغى أن يطلق أدا
الشهادة) بيان كيف
الاداء وينبغى أن يطلق
ذلك فقوله في النسب

و يتعلق بها أحكام تبقّى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالنساع أدى الى الحرج وتعطيل
 الاحكام بخلاف البيع لانه يسهل على كل أحد وانما يجوز للشاهد أن يشهد بذلك بالتواتر أو باخبار
 من يتق به كإفالي الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل
 في الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لانه كلما شاهد حاله غير الواحد إذا الانسان بها به ويكرهه فيكون في
 شترط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي أن يطلق أداء الشهادة

معرفه هذه الاشياء سوى الخبر اذ تم بحضر الناس الولاد وانما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالباً الا اقرار باذات أو الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النسكاح لا يحضره كل أحد وانما يحضر بعضهم بعضاً ان فلانة زوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بامارات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه لاحكام واذا كانت العادة أن غلم هذه الاشياء غالباً لا يحصل الا لبعض أفراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر وسوقاً للشهادة والاضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والتمسك بالارث والموت ويترب عليها أمور كثيرة مثل العدة والاحسان وكمال المهري والدخول والحامى لمادة الشعب الاجماع على وجوب الشهادة بانة شئ بنت أبي بكر رضى الله عنه ما وانهما روجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وأن علياً رضى الله عنه ابن أبي طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب وأن شريحاً كان قاضياً وان أبابكر وعمر وعثمان وعلياً رضى الله عنهم ما وانه لم نعان شياً من ذلك وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوقة الصالحة ونقص الخصاص على أنه يجوز بالتسامع لانه أمر يشتهر بخلاف الزنا فإنه فاحشة تستر (قوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد بأنه ابنه أو أمه أو مسير أو قاض أما إذا قسر للقاضي أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما أنه اذا شهد بالملك لمائة الدينار لم يقبل ولو فسر فقال لا رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهد على النسكاح والتسامع وفسر وقال سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل قال صاحب العمدة لوقلاً أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجهه الاضغ واختاره الخصاص وفي فصول الاستروتنى لو شهد على النسكاح فساله ما القاضي هل كنتما حاضرين فقال لا تقبل شهادته ما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كما أنهم ما قالوا لم نعان ولو شهدا وقالوا سمعنا لا تقبل فكذا هذا ولو شهدا أنهم ما دفناه أو قالوا شهدنا جنازته تقبل ولو شهدا بالموت واحد أو آخر

مشتهر ويتعلق به الأحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان (قوله) وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) بأن يقول أشهد أنه ابنه وأشهد أنها امرأته. أما إذا أفسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل والفرق بين الإطلاق والتفسير أنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقة فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك إذا

أشهد أن فلان بن فلان كما شهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا أبي قحافة والخطاب يوم يشاهد شيئا من ذلك

(قال المصنف و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول على معنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية لأنه لم يثبت ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى (قال المصنف أو باخبار من يثق به) أقول لعله عطف على قوله بالاشتهارات ثبوت الشهرة باخبار عدلين لا يخلو عن بعدهم بقي ههنا بحث لان اخبار من يثق لا يفيد حكم العلم والاصح الشهادة بذلك في البيع وأمثاله واشترط التواتر بعدم أو بهدم مبنى الاستحسان ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم المبسر في حق المشهود به ففي حق هذه الاشياء القدر المبسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف المبسر وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الاخبار) أقول أي اخبار عدلين

(فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معارضة اليد في الاملاك تطابق الشهادة واذا فسر) بانه انما يشهد لانه رآه في يده (لا تقبل كذلك هذا ولو رأى انسا ناجلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا) وان لم يعان تقليد الامام اياه (واذا رأى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينسبط كل منهما الى الآخر انسا طالاز واج) جازله أن يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضر افعال لا تقبل شهادته لانه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بهات المؤمنين أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرواية أولى وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعان العقد تبين (٤٦٨) للقاضي أنه يشهد به بالتسامع ولو قال أشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد

أما اذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معارضة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسا ناجلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينسبط كل واحد منهما الى الآخر انسا طالاز واج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازة فهو معارضة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاية والوقف وعن أبي يوسف رحمه الله أنه آخر أنه يجوز في الولاية لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لجة كالجمعة الذب وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا أنا نقول الولاء يمتد على زوال الملك ولا بد فيه من المعارضة فكذا بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لانها ثبتت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو أخبرها واحد بكونه واثان بحياته ان كان المخبر بالموثوق عدلا ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يورثها فان أرثها وتزوج بعد تاريخ شهادته شاعدي الحياة أولى وكذا بقتله انتهى وأطلق في وصايا عاصم الدين فقال شهدا أن زوجه ماتت وأقرباها على الحياة فالموثوق أولى وفي فتاوى الفضل شهد عندنا عدل أن زوجه ماتت وأقرباها على الحياة فالتزوج راجح واثبات في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز * ومن فروغ التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة ماتت أن زوجه ماتت لها أن تزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم أخبرها بجهتها أنه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشرط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهر والشئ بالشئ يذكر اذا أخبرها واحد عدلا وشهد عند وليها بان زوجه طلقها أو ماتت عنها ووقع في قلبها صدقها لها أن تعتد وتزوج وقد كرر رشيد الدين أيضا فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما أو من العمال أم اذا كان تاجرا أو من هو مثله لا تجوز الا بالمعينة (قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب) أي استثناء العسود وري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاية والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيها وعن أبي يوسف تجوز في الولاية بالتسامع رجع اليه وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز الا أن يسمع العتق ثم رجع الى أنه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لجة كالجمعة والنسب وفي النسب تجوز بالتسامع فكذا في الولاية لا ترى أنا نشهد أن قنبر مولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه وفا مولى ابن عمرو بالامولى أبي بكر الصديق ولهما أنه يثبت على العتق والعتق لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الا شهادة عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما يثبت عليه وليس تجوز بالتسامع لكون الشئ مما يشتهر بل لا ضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى اذا جرى العسوف وكذا تقليد القاضي القضاء الا لحواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار أقوى من المسانيد

انه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معارضة حتى لو فسر للقاضي قبله) لانه لا يدين الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال لا يشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادته مما هو الاصح وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاص أنه يجوز لانه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كذا كرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أولا ففي ظاهر الرواية محصورة (وعن أبي يوسف رحمه الله آخر أنه يجوز في الولاية لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجة كالجمعة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما فركذا على الولاية لا ترى أنا نشهد أن قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وان لم ندرك ذلك (وعن محمد انها تقبل في الوقف

فيها

لانه بقي على مر الاعصار) والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء يمتد على إزالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعارضة لانه يحصل بكلامه سمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه

(قال المصنف أما اذا فسر للقاضي الى قوله لم تقبل شهادته) أقول لأن اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره (قوله فعلى الرواية أولى) أقول فتصل شهادته على أحدهما (قوله لانه الى قوله انه يشهد به بالتسامع) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قال الخ) أقول المسئلة في النهاية نقل عن صاحب العمدة (قوله ان الولاء يمتد على إزالة ملك اليمين الخ) أقول يعني إزالة بالاعتاق

الى اقامة التسامع مقام البيئنة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ الى أنها لا تحمل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله (٤٦٩) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي

دون شرائطه لان أصله هو الذي يشترط ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة (قال ومن كان في يده شيء الخ) رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعى عليه المالك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عان البيع أو غيره من الاسباب لا يعلم ملكا المشتري الا

(قوله مقام البيئنة) أقول الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول يعنى قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم تقبل في أصله) أقول في شرح الوفاة أصدر الشريعة والمراد بأصل الوقف ان هذه الضيقة وقف على كذا

فبيان المصروف داخل في أصل الوقف (قال المصنف ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة) أقول ولعله انما لم يقل ومن عان في يد رجل شيئا وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة اذ لا عينة فيها (قال المصنف

فما يفتى عليه وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشترط (ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعه أن يشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها

وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة ذكر الصدر الشهيدي عن الحلواني ان الخلاف ثابت في لعتق أبيض عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا لما هو قول مالك وأجد وقول للشافعي بشرط الخصاص في الولاء على قول أبي يوسف شرط لم يذكروا في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا ولم ينعق أبوان أو ثلاثة في الاسلام قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الاقطع في شرحه قال محمد تجوز وقوله لان أصله هو الذي يشترط ليس بذلك الوجه في الوجه فيه انه وان كان قولنا بما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في تولى الاعصار تبين الشهود والاول راق مع اشتراط وقفته فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الخ اترأى قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحمل وقال بعضهم لا تحمل ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلته بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا لم يبينوا الواقف يفتى أن تقبل ونص عن الشيخ الامام طهري الدين اذا لم يكن الوقف قد عملا بدم من كذا الواقف واذا شهدوا ان هذه الضيقة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكره ناو في الاصل موثره أن يشهدوا بالتسامع أنهم اوقفوا على المسجد أو المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بغلته فيصرف الى كذا ثم ما فضل بصرف الى كذا الا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني قال لا بد من بيان الجهة انه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك لا تقبل شهادته قال وناو يل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي الشاهد بعدد كذا الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكره في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنهم يسلطهم بما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسین ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع (قوله ومن كان في يده شيء الخ) صورته رأى عينا سوى ما استثناء في يد انسان ثم رآها في يد غيره والاول يدعى عليه المالك وسعه أن يشهد

(قوله دون شرائطه) لان أصله هو الذي يشترط قال الامام طهري الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا أن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وناو يل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم أن يشهدوا يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم (قوله ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعه أن يشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذا دل على معرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان أكثر ما في الباب أن يعان أسباب الملك من الشراء والهبة وما أشبه ذلك الآن الشراء انما يقيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وانما يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فيثبت أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد أن يعتمد

لان اليد الى قوله في الاسباب كلها) أقول قال في الكافي لان أقصى ما في الباب أنه يعان أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يقيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب بملكه لا لو اهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونهم ملكا بتصرف ذي اليد بيعا وهبة لا بمجرد اليد قلنا لا تصرف في صورة الارث وهو يكفيني اني قول الشافعي

بذلك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانهم اذا لم تجز بحكم اليد انسدادها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند احوال ذلك يصار الى ما ينهيه به القلب (قالوا ويحتمل أن يكون هذا) أي ما ذكر من شهادة القلب (تفسيراً لطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسئل أن تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قبل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبولها القاضي اذا قيدها بالشهادة بما استفاد العلم به من معانية اليد وليس كذلك وأجيب باننا جعلنا العيان مجوزاً للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا وما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف المالك يبيع دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفعين لان العيان ليس سبباً وجوب (وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاص (لان اليد منتوعة الى اناة وملك) فلا تقيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها

(قال المصنف فيكتفي بها) أقول قال العلامة (٤٧٠) النسق في الكافي وينبغي أن لا يقيسد الشهادة بما استفاد العلم به من معانية

اليد حتى لو بين ذلك برز
كما مر في التسماع لان معانية
اليد في الاملاك مطلق
لشهادة بالملك لا موجب
والقاضي يلزمه القضاء
بالملك بالشهادة انتهى وفيه
مبحث لم لا يجوز أن يكون
كافة قضاء بشهادة القاسق كما
سبق فاقول والقول الفصل
والكلام الجزل في شرح
الكثير للزليعي وعجوبة
الكثير وان فسر للقاضي أنه
يشهد له بالتسماع أو بمعانية
اليد لا يقبل انتهى وعجوبة
الزليعي أي فسر للقاضي
انه يشهد بالتسماع في موضع
يجوز بالتسماع أو فسر انه
يشهد له بالملك برؤية في
يده في موضع يجوز له الشهادة
برؤيته في يده لا تقبل شهادته
لان التسماع أو الرؤية في اليد
يجوز للشهادة والقاضي

فيكتفي بها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً
لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتقان وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف
وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لان اليد منتوعة الى اناة وملك

للمدعى لان الملك يعرف بالظاهر واليد بالمنارح دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه أن يعان
سبب الملك من الشرع والهبة وموت المورث وشئ من هذه الاسباب لا يقيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول
وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند
هذا القول الى أبي يوسف ومحمد ولفناهما وعهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيراً
لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد ويحتمل أن يكون قوله قول السكندر وبه تأخذ وقال أبو بكر الرازي
هذا قولهم جميعاً وجهه أن الاصل في حل الشهادة اليقين لماعرف فعندنا عذر يصار الى ما يشهد به القلب
لان كون اليد مسوقة بسبب اذنتها من الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لاطن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا
رأى انسان درة مخبئة في يد كذا أو كتاباً في يد جاهل ليس في آياته من هوأهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف
أن مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاص وهو قول
مالك لان اليد تنقو عالى ملك ونيابة وضممان قلنا وكذا التصرف أيضاً فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم
ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معانية اليد مطلق للشهادة مجوز
لهالاموجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد
رجل يتصرف فيها تصرف المالك بالعجارة والهدم ونحو ذلك يبيع دار الى جانبها فارد أن يأخذها بالشفعة
لا يقضى القاضي له بذلك وان ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها اذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه

على مثل هذا الدليل اعتبار الالفاظ عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع
ذلك أن يقع في قلبه أنه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لدى اليد لان الاصل اعتبار
علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا فزع فعند احوال ذلك يصير الى

يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة أما اذا كانت عن تسماع أو رؤية في يده قلنا
فلا يجوز أن يحكم بها ألا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان قالوا لا يجوز بسماع غيره أو برؤية
غيره وهذا لان القضاء يجب بما يجب به الشهادة وفيما لا يجب لا يجب فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسناني
المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليقهم فان فيه نقاع في هذا المقام حيث ينبغي في اطلحات
الادعاء قال في النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك بحل للقاضي أيضاً القضاء به حتى ان القاضي لو عان يده في حال قضائه يحل له أن
يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى ولا تنوهم المخالفة بين ما ذكره الزليعي وما في النهاية فان ما في شرح الكثر هو ما اذار أي القاضي قبل
حال القضاء ثم أي حال قضائه في يد غيره كالا يخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول كيف يلزم الانسداد اذا شرط معها ما ذكره أبو
يوسف والخصاص (قوله لان العيان ليس سبباً للوجوب) أقول قال في النهاية لسكنه ليس سبباً للجواز انتهى فيه بحث (قال المصنف لان اليد
منتوعة الى اناة وملك) أقول لعل المراد من الاناة النبابة وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث وفي الكافي لان اليد تنقو عالى ملك وأمانة

والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم (ثم) هذه (المسئلة على وجوه) أربعة بالقصة العقلية لانه اما ان يعان الملك والمالك أو لم يعانينهما أو عان الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجه واسمه ونسبه وعرف الملك بمحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس أن فلان بن فلان ضيعة في بلد كذا محدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عان الملك بمحدوده ينسب الى فلان بن فلان القلاني ولم يعان به بوجه ولم يعرفه بنسبه فالتقياس أن لا تحمل له الشهادة لان الشهادة بالمالك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحمل لان الملك معلوم والنسب (٤٧١) يثبت بالشهرة والتسامع فكانت

شهادة بعلوم لعلوم لا ترى
أن صاحب الملك ان كانت
امراة لا تبرز ولا تخرج كان
اعتبار مشاهدتها وتصرفها
بنفسه الجواز الشهادة بالمالك
مبطل لا حقها ولا يجوز
ذلك وعورض بانه يستلزم
الشهادة بالتسامع في
الاموال وهي باطلة وأجيب
بان الشهادة بالنسبة الى
المال ليست بالتسامع
بل بالعيان والتسامع انما
هو بالنسبة الى النسب
فصداء وهو مقبول فيه كما
تقدم وفي ضمن ذلك يثبت
المال والاعتبار للمتضمن
وان كان الرابع فهو
كلاني لجهالة المشهود به

فلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصله ثم المسئلة على وجوه ان عان المالك والمالك حل له أن يشهد وكذا اذا عان الملك بمحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعان بهما أو عان المالك دون المالك لا يحمل له

لان العيان ليس سبباً لوجوب بل للجواز (قوله ثم ان عان المالك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أو جه الاول ان يعان الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بمحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسأله أن يشهد له ونظر ان المراد بالملك المالك الثاني أن يعان الملك دون المالك بان عان ملكا بمحدوده ينسب الى فلان بن فلان القلاني وهو لا يعرف بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس أن لا يجوز لان الجهة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا وورد عليه انه يلزم ان تكون الشهادة بالمالك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالمالك هنا ليست قصد ابل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله أعلم وعلى هذا قال الناصبي فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها حال فان كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم

ما يشهد به البتة قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسير الاطلاق قول محمد رحمه الله في الرواية فيشترط أن يقع في قلبه أنه له بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رجعهم الله لان اليد تنوع الى ملك وضمن وأمانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك فلنا التصرف أيضا يتنوع الى نيابة كالوكيل والمضارب والى اصاله فلامعنى لاختيار هذه الزيادة اذا احتمال لا يزول بها والاصل أن الاملاء تكون في يد المالك والسكنينة في يد غيره عارض فرجنا الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استغدا العلم به من معانيه اليد والقاضي لا يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعينة لقبول القاضي الشهادة فلنا نحن جعلنا العيان سبباً للجواز لا لوجوب القاضي يلزمه القضاء بالمالك بالشهادة ونحن ما ضمننا ذلك ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف المالك وبيعت دار بحسب هذه وأراد صاحب اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عندنا كما المشتري أن تكون الدار ملك الشفعة لان القياس ليس سبباً لوجوب لكنه سبب الجواز (قوله ثم ان عان المالك والمالك) المسئلة على أربعة أو جوه ان عان المالك والمالك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بمحدوده ورآه في يده

وضمن (قال المنصف قلنا
والتصرف يتنوع أيضا الى
نيابة وأصاله) أقول فيه ان شبهة
الشبهة غير معتبرة بل الشبهة
وا احتمال كون التصرف
نيابة من قبيل الاول دون
احتمال التصرف فلا يثبت
به الملك فليست أم في أن يحمل
النزاع من قبيل الشبهة

وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال) أقول فيه نامل فان ضم الحسب المحتمل لكذب الى مثله قد يفيد في الاحتمال كفاي الاخبار المتواترة (قوله بان عرف المالك بوجه واسمه ونسبه) أقول ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعينة لتحقيقها بدونها (قوله واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال الخ) أقول فيه بحث فان المقصود بالشهادة ليس بالنسب بل الملك في الضيعة والظاهر في الجواب بطلان اجواب القياس وهذا جواب الاستحسان كى لا تنصيح الحقوق (قوله والتسامع انما هو بالنسبة الخ) أقول لان الشاهد اذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب الى فلان بن فلان فان الذي يستغده أولا من سمع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب اليه بوجه علمه ما تضمنه الكلام من نسبة الملك اليه انما هو في المرتبة الثانية اذا لا تعرف النسبة الا بعد معرفة المنقسمين

(قوله وأما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة) وتقر به أن الرجل اذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص فلا يخلو ما أن يعرف رقهما
اولا فان كان الاول حل له أن يشهد (١٧٢) انهما ملك من ههما في يده لان الرقيق لا يكون في يده نفسه وان كان الثاني فاما أن يكونا صغيرين

لا يعبران عن انفسهما
او كبيرين فان كان الاول
فكذلك لانه لا يداهما على
انفسهما وان كان الثاني
وهو من يعبر عن نفسه
عاقلا غير بالغ كان او بالغا
فذلك مصرف الاستثناء
بقوله سوى العبد والامة
فان البد في ذلك لا يدل على
الملك لانهم في ايدي
انفسهما وذلك يرفع يد
الغير عنهما حكما حتى ان
الصبي الذي يعقل ان اقر
بالرق على نفسه لغيره جاز
ويصنع به المقر له ما يصنع
بمسلوكه واعترض بان
الاعتبار في الحرية والرق
لو كانا لتعبر ههما عن
انفسهما لا اعتبر دعوى
الحرية منهما بعد التكبر
في يد من يدعى رقهما واجيب
بانه انما يعتبر ذلك بشبوت
الرق عليهما لا حولي في
الصغر وانما يعتبر بذلك
اذا لم يثبت لاحدهما راق
وعن أبي حنيفة رحمه الله
انه قال يحل له ان يشهد
فيهما ايضا اعتبارا بالثياب
وكذا روى عن ابي يوسف
ومحمد رحمه الله ففعلوا
البدل دليل على الملك في السك
الا ترى ان من ادعى عبداً أو
أمة في يد غيره وذو اليد يدعى
لنفسه فالقول الذي اليد
لان الظاهر شاهده لقيام

كالمعاينة الثالث أن لا يعان الملك ولا المالك بل يسمع أن لفلان بن فلان الغلاني ضيعة في قرية كذا حدوها كذا
وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعان يده عليها الا يحل له أن يشهد به بالملك لانه يجازف في هذه الشهادة الرابع
يعان المالك بان عرفه معرفة تامة كذا ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها
لا يسمعه أن يشهد به بالملك فيه لانه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والامة) يعني اذا عانها في يد
انسان يتخذه اذ كان يعرف أنهم جوارق قيقان جازله أن يشهد أنهم مملوكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين
لانهم ما يوصف الرق لا يدلهم على انفسهما وقد شوهوا في يد غير ههما فكان كروبة توب في يده وان لم يعرف
رقهما فان كانا صغيرين أي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز أن يشهد به لملكهما له لما ذكرنا أنهم
لا يدلهم على انفسهما وان كانا كبيرين أي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح
المحبوي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يد على انفسهما قد دفع الغير عنه ما حتى
ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره ويصنع المقر له ما يصنع بمسلوكه واذا كان من
يعبر عن نفسه لا يكون البدل للملك اذا لم يخدم الحر خدمة العبيد وهذا الاحتمال يمدد اذا كانا
لا يعبران عن انفسهما فاما اذا كانا لفلان اهل فلا يزال اعتبارا له بالارق اقراره ههما بالرق فان لم يقر لا تثبت الشهادة
عليهما به وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبر في يده ههما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال
صغرهما هذا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عن ابي يوسف ومحمد ففعلوا
اليد في السك دليل على الملك بدليل ان من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول الذي اليد
لان الظاهر شاهده لقيام يده عليه وقوله والغرق ما بينا بر يدكون يدهما على انفسهما قد دفع اليدهما

بلا منازعة ووقع في قلبه انه لم يسمع في يد آخر فجاء الاول ادعى الملك وسعه أن يشهد الاول بالملك بناء على يده
وان عان الملك دون المالك بان عان مملوكا محدودا ينسب الى فلان بن فلان الغلاني وهو لم يعرف بوجهه ونسبه
ثم جاء الذي نسب اليه المالك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد استحسانا لان النسب
يثبت بالنساع فصار المالك معروفا بالنساع والمالك معروف وان لم يعان المالك والمالك ولكن سماع من
الناس قالوا لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدوها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعان يده علمها
لا يحل له أن يشهد به بالملك وان عان المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له في قرية كذا
ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسمعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة (قوله
لان لهما يد على انفسهما) حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت لغيره يد على الحقيقة حتى
يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا
على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه طوعا كيا يستخدم العبد سيده وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم
الله انه يشهد فيها ايضا ففعلوا البدل لان الملك في السك ألا ترى أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو
اليد يدعى لنفسه فالقول الذي اليد لان الظاهر شاهده بالملك لقيام يده عليه (قوله والغرق ما بينا) وهو قوله
لان لهما يد على انفسهما قد دفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله أعلم

يده كافي الثياب والدواب والغرق ما بينا وهو قوله لان لهما يد على انفسهما قد دفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله أعلم (باب

(قال المصنف وان كانا كبيرين فذلك) اقول في السكافي او صغيران يعبران عن انفسهما ما انتهى الى الظاهر ان المصنف اراد بالكبير ههنا من يعبر عن
نفسه سواء كان بالتمام لا كما يشير اليه صاحب العناية

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقد ذكرك على هذا لأنه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على الشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لثمة ولا نكاح خبر يحتل الصدق والكذب ويختص بترجيب جانب الصدق فيه وبالثمة لا بترجيب وهي قد تكون المعنى في الشاهد كالفسق فان من لا يترجى عن غير الكذب من محظورات دينه فقيده لا يترجى عنه أيضاً فكان منه ما بالكذب وقد تكون المعنى في المشهود له من قرابة يثمنهم بما يشار المشهود له على الشهود عليه كالولادة وقد تكون للخلل في اداء التميز كالعمى المقتضى الى التهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم ياتوا بالشهادة فاولئك عند الله هم الكاذبون قال (ولا تقبل شهادة الاعمى الخ) شهادة الاعمى اما ان تكون في الحدود والقصاص أو لان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان تكون فيما يجري فيه التسماع كالنسب والموت أو لان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصير او قتل الحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي وان اتى أحداهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمى بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلا خلاف تندرى بالشبهات والصوت والنعمة في حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيم لا يجري فيه التسماع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك (٤٧٣) كاصبي والمجنون وسبأ في جواب آخر وأما وجه قول أبي يوسف

والشافعي فهو أن العلم بالمعينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعينة عند التحمل لا حاجة الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رجما الله بجهلهم اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانه غير موفٍ والتعريف يحصل بالنسبة كفى

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * (قال ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تقبل فيما يجري فيه التسماع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رجما الله بجهلهم اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانه غير موفٍ والتعريف يحصل بالنسبة كفى

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لان المحال شروط والشروط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمنهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء عمى قبل العمل أو بعده فيما يتجوز الشهادة فيه بالتسماع أو لا يتجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يتجوز فيه بالتسماع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل في التسمية) وهو قول للشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبيرة والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال مالك رحمه الله تقبل لان العمى لا يقدح في الولاية والعدالة وباعتبارهما

(٦٠ - فتح القدير الكفاية - سادس) بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب لابي حنيفة ومحمد رجما الله أن القول يستند بتخصيص الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنعمة وفيه أي في النعمة بشأ ويل الصوت شبهة يمكن التفرز عنها بحسب الشهود فان بالشهود البصر أكثر وفيهم غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمسك منه للابنة قض

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * (قوله والشروط مقدمة على الشروط) أقول المشروط هو الشهادة لان يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول لادالة فيه على الاصل (قوله وقد تكون المعنى في المشهود له من قرابة الخ) أقول أو لما أشرنا في التخصيص بالقرابة بحث (قوله يثمنهم بما يشار المشهود له) أقول أي يثمنهم للشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول وهو الاتيان باربعة شهاد (قال المصنف ولا تقبل شهادة الاعمى) أقول ولو قبل القاضي شهادة الاعمى وحكم بما يصح حكمه لانه مجتهد فيه قال حيث مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير (قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول المراد اتفاق مالك والافندي مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف ولو عمى بعد الاداء امتنع القضاء) أقول وقال أبو يوسف لا يمتنع بل يقضى بها لانها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كإلومات الشاهد أو غاب وقال صدر الشيرازي وأبو يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول ولزفر أن يمنع ذلك والغاري بن محل النزاع والمقيس عليه ظاهر أليس واحد منهما أهل الولاية بخلاف الاعمى (قوله وسبأ في جواب آخر) أقول في قوله ولذا أن الاداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول الظاهر أن يقال والشروط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أي في النعمة الخ) أقول ويجوز إعادة الضمير الى التمييز بالنعمة فلا حاجة الى التناويل (قوله والمراد بالتمييز بالاشارة الخ) أقول في قول السكاك لم الى نوع مصادرة

بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فانه لا تقبل ولا اشارة ثمة لنمكتهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن
لتحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود وغير يمكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة
مقام اشارة عند موت الشهود عليه أو غيبته الى الجواب عما يقال قد اعتبرت النعمة مميزة للاعمى فيها هو أعظم خطرا من الامر وهو وطء
زوجه وجارته فانه لا يميزهما عن (١٧٤) غيرهما الا بالنعمة وذلك تناقض وتقرر بذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير يمكن مع تحقق

الضرورت بخلاف ما نحن
فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان
انتفاء حصول التعريف
بالنسبة والنسبة لتعريف
الغائب دون الحاضر وفيه
اشارة أيضا الى الجواب عن
الميت فصار كالحدود
والقصاص في كون النسبة
غير مفيدة للتعريف وأما
وجه أبي حنيفة ومحمد رحمه
الله مانع القضاء بالعمى
الطارئ بعد الاداء فهو أن
شرط القضاء قيام أهلية
الشهادة وقت القضاء
لصيرورة الشهادة حجة
عنده ولا قيام لها بالعمى
فصار كما اذا خرس أو جن أو
فسق فانهم أجمعوا على أن
الشاهد اذا خرس أو جن أو
ارتد بعد الاداء قبل القضاء
لا يقضى القاضي بشهادته
والامر السكلي في ذلك أن
ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان
المقصود من أدائها القضاء
وهذه الاشياء تمنع الاداء
بالاجماع فمنع القضاء
والعمى الطارئ بعد التحمل
بمنع الاداء عندهما فمنع
القضاء وعند أبي يوسف لا يمنع
الاداء فلا يمنع القضاء (قوله
بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا)

الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهد عليه ولا يميز الاعمى الا
بالنعمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود
والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لان قيام أهلية الشهادة شرط وقت
القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لان الأهلية
بالموت قد انتهت وبأغيبته ما بطلت (قال ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية
وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند
الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفي
كالشهادة على الميت (ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الاعمى الا
بالنعمة (وفيه) أى في التمييز بالنعمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه
التهمة بخلاف وطء الاعمى زوجه وأمته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعه لعمى جرح عنه
والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود على
ان الاشارة ثم تقع الى وكيل الغائب وصى الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالتحاق بالحدود ومن جهة أن
شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذا رد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بتهمة ما في غير الهان
تلك يحتاج في درء الحكم فيها وأما الاستدلال بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الاعمى فيقول أبو
يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حدوده وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما اذا كانت
شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فاجمع علماءنا أن لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان
الشهود لا يشيرون الى أحد وتقبل وأوجب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لورأينا عرفة
والاعمى لا يعرفه ذلورا لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فنقول كتاب القاضي
الى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه
بجنس الشهود هذا قال فلا أدى بصيرا ثم عمى قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لان
قيام الأهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أى عند القضاء لانها انما ترد للقضاء فما يمنع
الاداء يمنع القضاء والعمى والجنون والفسق يمنع الاداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسه بما اذا غاب
الشاهد بعد الاداء قبل القضاء ومات فلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبأغيبته ما بطلت بخلاف العمى فانه
مبطل لها وفي المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس باجتماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تحقق منه ونقض بان
الاصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل اذا كانت فيه اشارة فهو متو بقولنا قال مالك وأحمد وهو قول الشافعي
ولاشك في تحقق التهمة في الاشارة فهو أولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما تحقق التهمة في نسبه
وهنا تحقق في نسبه وغيره من قدر المشهود به وأما مور آخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أى الرقيق وبه قال
مالك والشافعي وقال أحمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه وهو قول عثمان
تجب الشهادة ولها قبلت رواية الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة توجه الله تقبل فيما

جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الأهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء وهو
ولا أهلية عنده ووجه ذلك أن الأهلية بالموت انتهت والشئ يقرر بانتهائه وبأغيبته ما بطلت (قال ولا المملوك الخ) لا تقبل شهادة المملوك لان
الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فالولى أن لا يكون له ولاية متعدية

(قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول عدم قبول شهادة الاعمى فيها لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كإمر وليس كذلك الاموال الأبرى
أنها تثبت بالنسبة في كتاب القاضي الى القاضي مثلاً ككيف يلحق بهما (قال المصنف ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية) أقول لو كالة

(ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له والتخصيص عليه ينافي القبول في وقت ما وأن معنى قوله لهم أي للمحدودين في القذف بالتوبة ولم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد كونه مانعا عن القذف كالجحد والحد هو الأصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطها بها فكذلك إقامته اعتبره بالاصل (قوله بخلاف المحدود في غير القذف) جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم (٤٧٥) الفاسقون والفاسق اذا تاب

تقبل شهادته كالمحدود في

غير القذف ووجه ذلك أن

رد الشهادة ان كان للفاسق

زال بزواله بالتوبة فقبلت

كالمحدود في غير القذف وأما

اذ لم يكن كذلك كالمحدود

في القذف فانه من تمام الحد

كذا كثرنا وليس للفاسق اذ

الحكم الثابت له التوقف

بقوله تعالى ان جاءكم فاسق

بنيا فتبينوا الا انهى عن

القبول وقال الشافعي رحمه الله

تقبل شهادته اذا تاب لقوله

تعالى الا الذين تابوا استثنى

التائب والاستثناء ينصرف

الى الجميع فيكون تقديره

ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا

الا الذين تابوا والجواب انه

منصرف الى ما يليه وهو قوله

وأولئك هم الفاسقون وهو

ليس بمعطوف على ما قبله

لان ما قبله طلبى وهو

اخبارى فان قلت فاجعله

بمعنى الطلبى ليصح كافي قوله

تعالى وبوالذين احسانا

قلت يا ايه ضمير الفصل فانه

يفيد حصر أحد المسندين

ولاية كما يعلم من أوائل

باب عزل الوكيل والعبد

تجوزوا كان أو ما ذونا تجوز

وكالته فتأمل في جوابه

(قوله وان معنى الى قوله عن

وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولأنه من تمام الحد كونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد

الابى واسحق وداود وعن علي رضي الله عنه تقبل على مثله الا للاحرار والمعلول عليه في المنع عدم ولا يشته على نفسه

وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تميزه وعدم ولا يشته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى

لأنه نقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع وأما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخارى في

صححه وقال أنس رضي الله عنه شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا وأجازه شرح ورواية ابن أبي أوفى وقال ابن

سير بن شهادته جائزة الا العبد لسببه وأجازه الحسن وابراهيم وقال شرح كاسم بن عبيد واما الى هذا لفظ

البخارى ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في

الجراح اذا كانوا مجمعين لا مباح قبل أب يفرقوا ويرى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنه والوجه أن

لا تقبل لقصان العقل والتمييز وما يقدم عليه بعدم التكليف فروع اذا تحمل شهادة لولا فلم يؤدها حتى

عق فادها بعد العتق قبلت كالصبي اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكذا الذي اذا سمع اقرار المسلم ثم أسلم فادى جاز

(قوله ولا المحدود في قذف وان تاب) وقال الشافعي ومالك وأحمد تقبل اذا تاب والمراد بتمتة الموجبة لقبول

شهادته أن يكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان في قول يعتبر بقوله تعالى الا الذين

تابوا من بعد ذلك وأصلحو وقبل لان عمر رضي الله عنه قال لا يكره تبأقبل شهادته كذا وقد يجاب بان أبا

بكرة كان من العباد وحاله في العباد مع ما يعلم فصلاح العمل كان نابتا فلم يبق الا التوبة با كذاب نفسه وأصله

أن الاستثناء في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة الى السك والتمسك بحررة في الاصول

وهي أن الاستثناء اذا تعقب جلا متعاطفة هل ينصرف الى السك الى الاخرة عندنا الى الاخرة وقد تقدم

ثلاث جل هي قوله تعالى فاحلدهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا

تقبلوا أنه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأييد ما لم يناسبه فلان رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن

فعل لسانه كانه ألم قلب المذنب بسبب فعل لسانه بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم جلد مائة وتغريب عام

فانه لا يناسب الحد لان ما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتغريب سبب لزيادة الوقوع لانه لغربه

وعدم من يعرفه لا يستحي من أحد يراقبه فاذا فرض أن له داعية الزنا وسع فيه وكذا قيد التأيد لفائدة الا

تأييد الرد والالتمال ولا تقبلوا لهم شهادة وأولئك هم الفاسقون جملة مستثناة لبيان تعليل عدم القبول ثم

استثنى الذين تابوا وهذا ان الرد على ذلك التقدير ليس الا لفسق ويرتفع بالتوبة فلامعنى التأييد على تقدير

القبول بالتوبة وأما رجوع الاستثناء الى السك في قوله تعالى في المحار بين أن يعتسبوا أو يصلحوا الى قوله

تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تغدروا عليهم حتى سقط عنهم الحد فلذلك اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل

أن تغدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخرة أعنى قوله تعالى ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل أن تغدروا

يجرى فيه التسماع لانه في السماع كالبصير وقال أبو يوسف وشافعي رحمه الله اذا تحمل الشهادة وهو

بصير وأداه وهو أعنى تقبل فيما لا يحتاج الى الاشارة كاللذون والعقار (قوله ولأنه من تمام الحد كونه

مانعا عن القذف) لان فيه معنى الزجر لانه يؤلم قلبه كيان الجلد يؤلم بدنه وقد أذاه بلسانه فعوقب باهدار منفعته

كونه محدودا في قذف) أقول لعل مراده أن نسبة أمر الى المشتق تفيد علوية المأخذ فمعنى الآية ولا تقبلوا شهادتهم كونه محدودا في القذف وفي التوبة لان نزول هذه الآية فكذلك ما عملوا قال المصنف (ولأنه من تمام الحد) أقول دليل على المدعى مع قطع النظر عن لفظه تأيد الدليل الاول (قال المصنف لان الرد للمفسق) أقول لانه من تمام الحد (قوله اذا حكم الثابت له التوقف الخ) أقول فيه تأمل اذ لما فاقه بين التوقف والانهى عن القبول وسيجي في شهادة أهل الذمة في هذا الباب ما يؤيد ما قلنا (قوله فان قلت فاجعله بمعنى الطلبى الخ) أقول أى بمعنى نسقوا

في الآخرة وهو يؤكّد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جهل الكاهن المتعددة كالسكامة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذ ذلك جزء
فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان أبداً بجواز من مدة غير متناهية وليس بمعهود سلمناه لكن جعله بجواز ليس بأولى
من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعاً للحدود وتعميم العتور على هذا المبحث يقتضي مطابقة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات
الغاسدة قوله (ولو حصد الكافر) (٤٧٦) يعني اذا حصد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا أسلم جازت شهادته

للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تعالى قبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون وهو استثناء منقطع بمعنى لكن
(ولو حصد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان الكافر شهادة فكان ردّها من تمام الحد وبالا سلام

عليهم فائدة العلم بان التوبة تسقط العذاب فقاعدة قوله تعالى من قبل أن تقدر وعليهم ليس الاستعوط الحد
وهذا لاننا نقول بعود الاستثناء الى الاخرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى السكّل فاما اذا افتقر به عاد اليها
كما يقول هو ان عوده الى السكّل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخرة فقط ولو افتقر به عاد اليها فقط وحينئذ
فالقياص على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقتصر بما يلزم من تمام الحد فكان قياساً مقابل النص
لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخرية ينفي القاعدة لانه معلوم شرعاً ان التوبة تزيل الفسق بنزول الآية لانا
نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقاباً بل يبرأ من ذلك باراد ما يدل عليه من السمع
وهذا منه وكون آية أخرى تنفيذ لا يضر للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصاً اذا كان مطلوب
التاكيد كقوله الصلاة وقد تكرر قوله تعالى الا الذين تابوا لذلك الغرض في آية الا الذين تابوا الى قوله
فأولئك آتوب عليهم وأما التواب الرحيم في أخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فأولئك يدخلون الجنة ولا
يظلمون شيئا في أخرى الا من تاب الى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة
ولم يسع أن يقال في أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا الا من أقدم على الكفر والعباد بالله
تعالى وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليوكده هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فغسي أن
لا يسمع بعض الناس فاذا تعددت مواضعه في لم يسمع تلك الآية يسمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان
في تعدد افادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفو ولا تخصي شأه عليه وأما ما عن عمر
رضي الله عنه أنه قال لا يكره تب قبل شهادتك في ثبوته نظر لان راويه عمر وبن قيس ولو تركنا النظر في
ذلك كان معارضاً بما قاله لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا بجواد في
قذف أو يجز في شهادة زور أو ظنية بقرابة وقد قدمنا عليه السلام من رواية ابن أبي شيبه قوله صلى
الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا بحدود في قذف وبقوا نافعاً لسعيد بن المسيب وشرح
والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهم قال المصنف (أوهو استثناء
منقطع) وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا
فان الله غفور رحيم أي يغفر لهم ويرحمهم واذا كان الرد من تمام الحد لم يكن مانعاً أي زجراً يبقى بعد التوبة
كأصله أي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذلك كان تمامه وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه
اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حصد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل
شهادته لان الكافر شهادة) في الجملة فكان ردّها من تمام شهادته وبالا سلام حدث له شهادة أخرى بخلاف

مطلقاً لان الكافر شهادة
على مثله ومن له ذلك وحده
في القذف كان رد شهادته
من تمتعه بحد وبالا سلام
حدث له شهادة مطلقة غير
الاولى فلا يكون الرد من
تمامها والعبد اذا حصد في
القذف ثم أعقق لا تقبل
شهادته لانه لم يكن له شهادة

فتقدر الكلام حينئذ
فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم
شهادة أبداً وفسقوهم
ويكون اشارة صيغة الاخبار
للمباغضة قوله كما في قوله
وبالوالدين احساناً أقول
حيث أول باحسناً قوله
سلمناه لكنه كان اذ ذلك

جزء فلا يرتفع بالتوبة
أقول لا يلزم من كونه جزء
أن يكون حداً فان الحد هي
العقوبة المقدرة وعدم قبول
الشهادة ليس كذلك مع أن
أصل الحد هنا يسقط عفو
المقذوف واحلاله المشار اليه
بقوله تعالى وأصلحو فان
من جملة الاصلاح الاستحلال
أشهر الي في التلويح (قوله
لكنه كان أبداً بجواز الخ)
أقول فيه بحث فانه بان على
حقيقته في حق غير التائب
الذي هو الباقي بعد الدنيا
وانتهى عن القبول بالنسبة

لسانه جزءاً فافا يبق بعد التوبة كأصله وهو الحد لان رد شهادته من تمام حده وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة
فكذلك انهم له بخلاف الحد وفي غير القذف لان الرد في القذف لم يبق بالتوبة اذ التائب من الذنب كمن لا ذنب
له (قوله الاستثناء ينصرف الى ما يليه) وهو قوله وأولئك هم الفاسقون لانه للاستثناء لان ما قبله أمر

حدث
الى شهادتهم فليست امل (قال المصنف) وهو استثناء منقطع بمعنى لكن أقول
قال العلامة النسفي في الكافي لان التائبين ليسوا من الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاماً
مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى وفي قوله لان التائبين الخ بحث ظاهر اذله أن يقول الاستثناء من قوله وأولئك وهو الظاهر كما في أمثاله (قوله في
الاستدلالات الغاسدة) أقول في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم

الاما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطول بالفرق بين مسلم زني في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حدى في العتق حديث جعل العتق قائما في حقه الى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية وتفرق بينهما بان الزنا لم ينعمدهم وجباني دار الحرب للعبد لا نقطاء الولاية فلا ينقلب موجباً والعتق موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند مكانه واعتراض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتراف لانه اذا حدى بعد الاعتراف ترد الشهادة أيضا للملاقاة (٤٧٧) الحد وقت قبول الشهادة فوجب الرد وأما اذا قذف الكافر

مسلماً ثم أسلم فحدى في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حدى قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مقيداً والجواب أن فائدة تطبيق المستثنين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المخرج الى العتق وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الاعتراف كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه قال (ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولده لولده ولا شهادة الولد لابنه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الولد لولده والمرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبدته ولا الاجير لمن استأجره) قبل ما فائدة قوله لسيدته فان العبد لا شهادة له في حق أحد وأوجب بانه ذكره على سبيل الاستعانة فانه عليه السلام لمساعد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الغرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء

حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حدى ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد أصلاً تمام حده يرد شهادته بعد العتق (قال ولا شهادة الوالد لولده وولده لولده ولا شهادة الولد لابنه وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبدته ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز ادعاء الزكاة اليهم فتكون شهادة العبد اذا حدى في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذلك فلم يكن كون تقييد حده يرد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زني في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكمه الموجب في العبد الى ان أمكن ولم يتوقف في الزاني دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام واجب بان الزاني دار الحرب لم يقع موجبا أصلاً لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطباً باقامته أصلاً لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد سخر وجهه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجباً بنفسه خصوصاً في الحد المطلوب درؤه افاق قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تقييده على حدوثها بعد العتق قال في المدسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في البيانات أما على رواية المتأني أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامته الحد وهذه الدلالة لم تصرح بوجه باقاة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالة تخرج بوجه باقاة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حدى ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق فحده لا تقبل أيضاً ولكن وندسه كذلك لانه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلماً ثم حدى لم تقبل شهادته ولو حدى بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه فغلب اختلاف الروايتين ومضى في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا أقيم أكثره تسقط اذا ضرب سوطاً لان ضروره ذلك القدر الحكم شرعاً بكذب (قوله ولا شهادة الوالد) وإن علل لولده وان سفل (ولاشهادة الولد لابنه وأجداده) أما لولده من الرضاع فتقبل الشهادة قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وإنما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابنه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشئ يذبح مالاً في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد بسيدته انتهى وقال ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجنا عنه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاص وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكبر المشايخ أنه كبير في العلم واه بسنده الى عائشة رضي الله عنها ناصالح بن زريق وكان ثقة ثنائروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا

متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها بوجوب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتكفى فيه شبهة قال المصنف رحمه الله (قوله والقذف موجب في حق الاصل) أقول من أراد الاصل الخلد (قوله لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول ومالك يخالفنا في قرابة الولد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزبلي وقال العلامة السكاكي في معراج الدراية ما وجدت هذا في الكتب المشهورة ولا صاحب مالك رحمه الله

(والمراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر عن نفعه عند أداء الشهادة فيصير كالاستاجر عليها قال الولد والده والمرأة زوجها والزوج لأمه ولا العبد لسيدته ولا السيد لعبده ولا الشريف لشره ولا الاجير بان استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريف كذا المصنف أيضا عن علي الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة القانع والخائنة وذو الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها غيرهم قال أبو داود الغمر الشحنة وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التلخيص محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الأئمة وقد تابعه غيره عن سليمان بن راشد وعنه عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في المدارق ولم يذكر فيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زبادة المشقة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا يولد حذو ولا ذي غمر على أخيه ولا يجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا الظنين في ولا ولا قرابة انتهى وقال غريب لا يعرفه إلا من حديث يزيد بن زبادة المشقة وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع القانع لاهل البيت كالمهم قال يعني يطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولا ولا قرابة وان كان رواه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما روى به باطل انما رد لثمة الغلط اضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحاح وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجهه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجهه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال على أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن انت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رقة فقيل رجع على رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه في الخلاصة والتليذ الخاص الذي باكل معه وفي عياله وليس له آجرة معلومة وقيل المراد بالاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة لأنه اذا كانت آجراته على هذا النوع دخلت منفعة التي هي الاداء في آجرته فيكون مستوجب الاجر كما فيصير كالاستاجر عليها لان العقد وقع موجباً لتلك المنفعة ولهذا يستحق الآجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستاجر لان العقد لم يقع موجباً لتلك المنفعة بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الآجرة حتى يعمل فافتقر فاوفا في العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلاً واحداً فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيراً خاصاً فشهد قلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لأمه أنه ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن يقضى فأنى أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الآجرة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حل ما في كماله الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في فوائد ابن رستم قال محمد لا أجبر شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجبر مشترك البيت والقانع السائل من القنوع لان القنوعة أو ارا من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه

والمراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر عن نفعه عند أداء الشهادة فيصير كالاستاجر عليها قال الولد والده والمرأة زوجها والزوج لأمه ولا العبد لسيدته ولا السيد لعبده ولا الشريف لشره ولا الاجير بان استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريف كذا المصنف أيضا عن علي الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة القانع والخائنة وذو الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها غيرهم قال أبو داود الغمر الشحنة وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التلخيص محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الأئمة وقد تابعه غيره عن سليمان بن راشد وعنه عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في المدارق ولم يذكر فيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زبادة المشقة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا يولد حذو ولا ذي غمر على أخيه ولا يجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا الظنين في ولا ولا قرابة انتهى وقال غريب لا يعرفه إلا من حديث يزيد بن زبادة المشقة وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع القانع لاهل البيت كالمهم قال يعني يطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولا ولا قرابة وان كان رواه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما روى به باطل انما رد لثمة الغلط اضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحاح وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجهه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجهه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال على أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن انت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رقة فقيل رجع على رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه في الخلاصة والتليذ الخاص الذي باكل معه وفي عياله وليس له آجرة معلومة وقيل المراد بالاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة لأنه اذا كانت آجراته على هذا النوع دخلت منفعة التي هي الاداء في آجرته فيكون مستوجب الاجر كما فيصير كالاستاجر عليها لان العقد وقع موجباً لتلك المنفعة ولهذا يستحق الآجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستاجر لان العقد لم يقع موجباً لتلك المنفعة بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الآجرة حتى يعمل فافتقر فاوفا في العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلاً واحداً فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيراً خاصاً فشهد قلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لأمه أنه ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن يقضى فأنى أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الآجرة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حل ما في كماله الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في فوائد ابن رستم قال محمد لا أجبر شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجبر مشترك البيت والقانع السائل من القنوع لان القنوعة أو ارا من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه

يؤخر نفسه من غير في مدة الإجارة قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين إلا بخبره) لأن الاملاك بينهما متبينة
والأيدى متبينة) أي بكل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة في ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتضى من أحدهما ألا يخرج ويحس
بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة أحدهما إلا بخبره
لأن كل واحد منهما يمد نفع صاحبه نفع نفسه لأن ذلك ليس بقصد بل حصل في صفة (٤٧٩) الشهادة فلا يكون معتبرا كبر
الدين إذا شهد لمن عليه

الدين وهو مفلس فانما
تقبل وان كان له فيه نفع
لخصوله ضمنا (ولنا ما وينا)
من حديث عائشة رضي
الله عنها أنه صلى الله عليه
وسلم قال لا تجوز شهادة
الوالد لولده ولا الولد لوالده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته (ولان الانتفاع
متصل) وهذا هو المولى جارية
امرأته وقال ظننت أنهم يتحل
لي لا يحد (وهو) أي الانتفاع
(هو المقصود) من الاموال
(فيصير شاهد لنفسه من
وجهه أو يصير منهما) في
شهادته بغير النفع الى نفسه
وشهادة انهم مردودة (قوله
بخلاف شهادة الغريم)
جواب عما ذكره الشافعي
وجهه أن الغريم لا ولاية
له على المشهود به اذ هو مال
المدون ولا تصرف له عليه
بخلاف الرجل فانه لكونه
قواما عليها والذي يتصرف
في مالها عادة لا يقال الغريم
اذا تصرف بجنس حقه يأخذه
لان الظاهر أن امرأته موهوم
وحق الاختصاص عليه ولا
كذلك الزوجان قال (ولا
شهادة المولى لعبده الخ)
لا تقبل شهادة المولى لعبده

(ولا تقبل شهادة أحد الزوجين إلا بخبره) وقال الشافعي رحمه الله تقبل لأن الاملاك بينهما متبينة والأيدى
متبينة ولهذا يجزى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لشبونه ضمنا كما في الغريم
اذا شهد ادبونه المفلس ولنا ما وينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهد لنفسه من وجهه
أو يصير منهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة
قبات شهادته اه وأما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستاجر للاجير فقبولة لان منافعهما ليست بمملوكة
للمشهود له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين إلا بخبره) ولو كان المشهود له من الزوجات أو الزوج
مملوكا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك وأحمد وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة
الزوجات لزوجها لان لها حق في ماله لو جوب نفعها وتقبل شهادة الزوج لزوجها لعدم النعمة وجبه الشافعي
أن الاملاك بينهما متبينة والأيدى متبينة أي كل يد في حيز غير حيز الآخر فهي ممنوعة عنه من حاز
الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجزى بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من المنافع
المشتركة لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالشكاح لانه لم يقصد ان ينفع كل منهما بمال الآخر
وانما ثبت ذلك تبعاً للمقصود عادة وصار كالغريم اذ شهد لمدبونه المفلس بماله على آخر تقبل مع توهم
أنه يشاركه في منفعته ولنا ما وينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد
سمعت انه من قول شريح ومرفوع من رواية الخفاف ولولم يثبت فيه نص كني المعنى فيه والخاف بقرابة
الولاد في ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال نعالى ووجدك
عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها بل ربما كان الاتصال بينهما في المنافع والانساط فيها أكثر
مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادى أبوه لرضاز وجته وهي لرضاه ولان الزوجة أصل الولاد لان الولادة
عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا
بخلاف القصاص لان بعد الموت لازوجيته وفي المحيط لا تقبل شهادته بعدتة من رجعي ولا بان لقيام النكاح في
بعض الاحكام ولو شهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ماله
ردت لغسقى ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الاصح لان القاضي
لم يرد هاهنا مكدباً في تلك الشهادة شرعاً فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذ ردت ثم أعتق وأسلم
وبلغ وأعادها تقبل وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك وهو رواية عن أحمد لا تقبل كالردة للفسق قلنا ردت شهادتهم
لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الرد اذا صار وأهلاً لا تقبل ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم
بكذب بل مجرد تهمة به وبالأعادة في العدة لا ترفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتياج الى
الجواب فصا والحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد
اذا شهد فردوا الكافر والاعمى والصبي اذ شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة
بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لامرأته وأبها ولزوج بنته وامرأة ابنه وامرأة أبيه ولاخت امرأته
(قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخفاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذ لم يكن على
لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم (قوله بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به) أي لا يثبت له

لما وينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجهه أو من كل وجه وذلك لانه لا يتخلوا ما أن يكون على العبد دين أو لا فان كان الاول قهسى له من وجهه
قال المصنف والأيدى متبينة) أقول قال ابن الهمام أي يد كل منهما في حيز غير حيز الآخر فهي ممنوعة عنه من حاز الشيء مجتمعة فلا اختلاط
فيها انتهى وفي القاموس وغيره تجوز وتخير بمعنى تنحى انتهى وهذا المعنى هو الانسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول بخلافه
المرأة فان لها حق الاختصاص والظفر ليس موهوما

لأن الحال موقوف مراعى بن أن يصر العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وإن كان الثاني فهي له من كل وجه لأن العبد وما ملك أولاه (ولا) تقبل شهادة المولى (لما كتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفة مراعى لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أحدياً وإن لم يؤد عداً رقيقاً كانت شهادته لنفسه (ولا شهادة الشريك اشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه يصير شاهداً لنفسه في البعض وذلك باطل وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة أذهى شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لا تنفاه التهمة) قبل هذا إذا كانا شريكي عنان أما إذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحد ههما صاحبه إلا في الحدود والقصاص والنكاح لأن ما عداها مشترك بينهما وكان شهادته لنفسه من وجه قال (٤٨٠) (وتقبل شهادة الاخ لاختيه الخ) تقبل شهادة الاخ لاختيه وشهادة الرجل لعنه ولسائر الاقارب

تصير الولد لا تنفاه التهمة بنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه أن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى (ولا) يتباين الاملاك ومنافعها (ولا) تقبل شهادة مخنث وهوى العرف من عرف بالردى (من الافعال) أى التمكن من اللواط (فاما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تسكسرفه ومقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لانهما يرتكبان محرماً فإنه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحقين النائحة والمغنية

العبد دين ومن وجه إذا كان ولان الحال أى حال مال العبد فيما إذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضاء دينه وكذا المديون وأم الولد والمكاتب وهو قول الأئمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعنى من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه وفى المبسوط وكذا لا تقبل شهادة أبى المولى وابنه وامرأته له ولا هو ولا عذراء المرأة وزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس أن تقبل لانها فى الحقيقة شهادة لسيده لكن منعه لفظ النص السابق ولا الشريك اشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لا تنفاه التهمة غير أن هذا لا يتحقق فى الشريك المتفاوض لان كل شئ هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل إلا فى الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغى أن نزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحد ههما أو كسوتهم لأنه لا شركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الاخ لاختيه وعنه) قبل بالاختلاف لكن قال شمس الأئمة فى شرح أدب القاضى من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاختيه ولا شريك فى ضمة التهمة لأنه لا بسوطة وليس مظنة ملزمة للألف بل كثيراً ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالحال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة المخنث ومراوده المخنث فى الردى من الافعال) وهو التشبه بالنساء لعدم ذلك فى تزيينه وتكسيرا أعضائه وتلين كلامه كما هو وصفهن لكون ذلك معصية ترى أو يروا وبأسناده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعنى المتشبهات بالرجال فكيف إذا تشبه بهن فيما هو أقرب من ذلك فاما الذى فى كلامه لين خلقة وفى أعضائه تسكسرفه فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائحة ولا مغنية) هذا لفظ القدرى فاطلق ثم

الولاية فى المشهود به بالقضاء والغريم إذا طهر بجنس حقه من مال مدونه له أن يأخذه وذلك قد يكون وقد لا يكون فلا يورث التهمة (قوله لان الحال موقوف مراعى) أى لان حال العبد موقوفة بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم في دينهم فيصير أحدياً فتقبل شهادة المولى له أو يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه ولا لما كتبه لما قلنا أى لأنه شهادة لنفسه من وجه (قوله ولا نائحة ولا مغنية) ولم يرد به الذى تنوح على مصيبتها

(قوله قبل هذا الخ) أقول أى قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية (قوله) (ولا) هذا إذا كانا شريكي عنان الخ) أقول فيه بحث لأنه إذا كان ما عداها مشتركاً كيدخل فى عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح فى قوله ما ليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المتفاوضة أيضاً فلا وجه للإخراج فتأمل إلا أن تخص بالاملاك بقرينة السياق ثم أن قوله لان ما عداها مشترك بينهما غير صحيح فإنه لا يدخل فى الشركة إلا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لأحد هما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحقين الخ) أقول أى صوت المغنية بتقدير المتضاف أو يكون من قبيل عيشة راضية (قوله فان رفع نفس الصوت منها حرام

تقبس الاملاك ومنافعها) (ولا) تقبل شهادة مخنث وهوى العرف من عرف بالردى (من الافعال) أى التمكن من اللواط (فاما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تسكسرفه ومقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لانهما يرتكبان محرماً فإنه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسباً والتغنى للهو معصية فى جميع الاديان قال فى ازبادات اذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد بها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا فى غناء الرجل

(ولامد من الشرب على الله ولانه ارتكب محرم دينه) والمراد به كل من أدمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة نكرا كانت أو غير هامة مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليطاهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرى الخرق بينه مقبول الشهادة وان كان كبيرة (ولامن يلعب بالطيور ولانه يورث غفلة) لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب (ولانه قد يقف على عورات) النساء بصعود سطحه لتطير طيره) وذلك فسق فاما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتقرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكالا للحرام وفي بعض النسخ ولان يلعب بالطيور وهو المغنى فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغنى للناس فانه أعم من أن يكون معه آلهة ولا وانما يكف عن ذكره بما ذكر من المغنى لانها كانت على الاطلاق وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام (٤٨١) خوار زادو رجل حديث البراء

على أنه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك

(ولامد من الشرب على الله) لانه ارتكب محرم دينه (ولان يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطيور وهو المغنى (ولان يغنى للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

قال بعد ذلك ولا من يغنى للناس فورد أنه تكرر لعلم ذلك بما ذكر من قوله مغنية والوجه أن اسم مغنية ومغنى انما هو في العرف ان كان الغناء حرقته التي يكتب بها المال ألا ترى اذا قيل ما حرقته أو ما صناعته يقال مغنى كما يقال خياط أو حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومع ما علم أن ذلك لوصف التغنى لا لوصف الانوثة ولا للتغنى مع الانوثة لان الحكم المترتب على مشتق انما يفيد أن وصف الاشتقاق هو الالة فقط لا مع زيادة أخرى نعم هو من المرأة أنفس لرفع صوته وهو حرام ونصوا على أن التغنى لله أو لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ النائح صاعرا فالنحاة النباحة مكسبة وحينئذ كأنه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغنى صناعة يا كل جهال من لم يكن ذلك صناعته ولذا علة في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية أن الغناء في حقه من مطلقا حرام لرفع صوته وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى أن قوله من يغنى للناس لا يخص الرجال لان من تطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلاته واقعة بتدكير الضمير في قوله يغنى بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لا عرف أنه يجوز في ضمير هامة اعادة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وان كان المعنى على التانيث فكيف اذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر فان قلت لتعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضى أن التغنى مطلقا حرام وفي المستصفي واعلم بان التغنى حرام في جميع الاديان فقال في الزيادات واذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات وحتى عن طهير الدين المرغيناني رحمه الله أنه قال من قال لغرقى زماننا أحسن عند قراءه يكفر (قوله ولا مد من الشرب على الله) أطلق الشرب على الله وفي حق

فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا) أقول فيه بحث لان المراد بالمغنية التي اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة الى التقيد وليكون المراد هو ذلك علة الشارح بقوله لا ارتكاب ما المحرم طمعاً في المال فأسرع مانسي ثم ما ذكره جازي النوح بعينه فبالله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منها في مسألة الزيادات من كان التغنى مكسبه فليشتمل (قوله ولا مد من الشرب على الله) لانه ارتكب محرم دينه

(٦١ - فتح القدير والكفاية - سادس) أقول فيه بحث لان الظاهر من تعليل المصنف بقوله لانه ارتكب محرم دينه وقوله ولا من يلعب بالطيور ولا يغنى للناس يلعب بالطيور ولا يغنى قال ابن قدامة المغنى في الملاحى نوعان محرم وهو الاسلالم المطربة من غير غناء كالنمارس سواء كان من عود أو قصب كالشبابية أو غيره كالطنبور والعود والمعزف لما روى أبو أمامة أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بحق المعازف والمزمار لانه مطرب مصدع ذكر الله تعالى والنوع الثاني مباح وهو الدف في الشكاج وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره (قوله وانما يكف عن ذكره بما ذكر من المغنى الخ) أقول لان الغناء حرام للرجال تبعاً على عكس ما هو الاصل وفيه بحث (قوله لانها كانت على الاطلاق) أقول فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس الخ) أقول فيه بحث فان ذلك لتعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الاسلام فان اجتماعهم للاسماع وأن يكون الاستماع كذلك وذلك يكون المسموع كبيرة

وان كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الآن كون الاستماع محرما ليس الا حرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستغديه نظم القوافي ويصبر فصيح اللسان وقيل ولا يكره الاستماع للناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب أن في التغنى لا يسمع نفسه ولدفع الوحشة بخلافين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل الله واحتجابا بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام ويحمل حديث البراء بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسله بخلاف ما اذا كانت بعين احية واذا كان كذلك فإذن يكون المصنف رحمه الله قاتلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رحمه الله الا ناعرف ان هذا أن التغنى المحرم هو ما كان في اللفظ مالا يحل كصفة الذكر والمرأة المهيمنة الحية ووصف الخمر المهيج البه والذورات والحانات والهجوم لمسلم أو ذمى اذا أراد المتكلم هجاءه لا اذا أراد انشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحتهم بلاغته ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم قامت تريك رهبة أن تمضجا * ساقا بختنا دانا وكعبا أدوما

وانشاد ابن عباس رضي الله عنهما * ان يصدق الطير نكك ليسا * لان المرأة فيهما ليست معينة فلولوا أن انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم نقله الصحابة وما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم

وماسع اذ غداة البين اذ رحلوا * الأتغن غصن الطرف مكحول
تجول عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت * كأنه منهل بالراح معلول
وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعته النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها
تبلى فؤادك في المنام خريدة * تسقى الضحى ببارد بسام
فاما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز
سقاها بغيايات خلج كأنه * اذا صافحت راحة الريح مبرد
يعنى سقى تلك الرياض وقوله

وترى الرياح اذا مسحن غدبره * صقلنه ونغن كل قذاة
ما نزال عليه طلي كارعا * كتطلع الحسناء في المرأة
فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاحى امتنع وان كان مواعظ وحكايات لان نفسها لا لذلك التغنى والله أعلم وفي المعنى الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدا التوفى معنى ابن ندامة الملاحى نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلاغناء كالزمار والطنبور ونحوه ملأوى أبو أمامة أنه عليه السلام قال ان ابنة تعالى بعثنى رجة للعالمين وأمرني بحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في واحة سكنت وان كان في غيره عمد بالردة وفي الاجناس مثل محمد بن شعاع عن الذي يترجم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وأما القسراء قبل الحان فاياها قوم وحظرها قوم والمختاران كانت الاحانة لا تخرج الحرور عن نظامها وقد وذاها في مباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يغيبد أن التلحين لا يكون الامع تغيير مقتضيات الحرور فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن لقراءة بالتلحين وندأ جاب بالمنع اسمك قال محمد فقال أي عجبك أن يقال لك يا موحامد هذا

هذا وأما الناحية فظاهر أنها أيضاً في العرف لمن اتخذت النباحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم برد الناحية التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهي الغناء لاجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لاجل ذلك وهو أيسر عليهما من الغناء والنوح في مدة طويلة ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أو لا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منامن ضرب بالحدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وهو ما في صحيح البخاري ولا شك أن النباحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في أن القاضى لا يقبل شهادته لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضى فانما قيد بكونه للناس لهذا المعنى وان فهو برده عليه مثله في قوله ولا مدمن النمر على اللهو بر يشرب الا شر به المحرمة خيراً وغيره واقطع محمد رحمه الله في الاصل ولا شهادة مدمن نمر ولا شهادة مدمن السكر بر يدمن الا شر به المحرمة التي ليست خيراً فقال هذا الشارح يشترط الادمان في النمر وهذه الاشرية بمعنى الاشرية المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب النمر كسيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاص في شرب النمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فها هو جوابه هو الجواب في تعييد المشايخ بكون النباحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيهه اشترط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شرب سراً لا تسقط عدالة ولم يتنفس فيه بكاهة واحدة فكذلك التي ناحت في بيتها لم يصيدتها لا تسقط عدالتها عدم اشتهار ذلك عند الناس وانظر الى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الادمان بأنه ارتكبت محرم دينه مع أن ذلك ثابت بالادمان فانما أراد انه اذا مدمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعبه الصبيان في رد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب النمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى وهذا هو معنى الاصرار وأنت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابان أبواب الكبائر التي تتعلق بها الحد وشرب النمر منها من غير توقف على نسبة أن يشرب ولان النية أمر مبطل لا يظهر للناس والمدارة التي تتعلق بوجودها حكم القاضى لا بد أن تكون ظاهرة لانخبة لانهم معرفة والخفي لا يعرفوا لظهور بالادمان الظاهر نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل أن يات بها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغار وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك وأما من يلعب بالطيور فلا نه يورث غلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقرار او ترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يغفل على عورات النساء لصعود سطحه ليظهر طيره وهذا يقتضى منع صعود السطح مطلقاً الآن براد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية الى الشيء كالخرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم بما يستمررون النهار والليل لا يسألون عن كل ولا شرب وهذا من أظهر وجهه على انه من دواعي الشيطان والوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماع اناس اراذل وصحبة ثم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهي الاشرار بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم كل الربا وكل مال النيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا سبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر وكل الربا وكل مال النيم وفيه عنه عليه السلام ألا نبشركم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وكان متكئاً فجلس فقال ألا قول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضاً

المشروب ليتناول جميع الاشرية المحرمة من الخمر والسكر وغيرها فان الادمان شرط في الخمر أيضاً وفي فتاوى قاضخان رحمه الله ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من شرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك أو

(ولأن يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الخسد) للفسق قال (ولأن يدخل الحمام من غير متزجر) لأن كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقام بالنرد والشرط نج) لأن كل ذلك من الكبائر وكذلك من تغوئه الصلاة

منها السرقة وورد في الحديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبتت حرمة بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كاللواط أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع ما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق أو الوعيد بالنار في الآخرة كما كل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا دام على ذلك فإن العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ما تقدم من عدم شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الأصحاب وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة معان أحدهما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هنك حرمة الله تعالى والثاني أن يكون فيه منابذة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو كبيرة والثالث أن يصير على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا وما في الغناوى الصغرى العدل من يحتجب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونفسه عن أدب القاضي لعصام وعليه الموعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الأمان والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تقبل شهادة من يجلس بحال الفجور والمجانة على الشرب وإن لم يشرب لأن اختلاط بهم وتركه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفي الذخيرة والمحيط وكذا الأمانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولأن يدخل الحمام من غير متزجر) كشف العورة حرام وفي الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ما ذكره الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للمعزومة بل لأنه يخل بالمرءة (قوله أو يأكل الربا) قوله ولأن يفسد الأفعال المستحقة) أما كل الربا فكثير أطلقوه وقيدوه في الأصل بأن يكون مشهورا به فقبل لأن مطلقه لو اعتد بهرمانا لم يقبل شاهدان العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقيل من يباشر عقود البياعات ويسلم دأما منه وقيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على إمكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور وحرام محض فالعدل عليه الأبد من كونه كذلك بخلاف كل مال اليتيم حيث ترد شهادته بجره وقيل لأنه إذا لم يشتر به كان الواقع ليس بالانتماء لكل الربا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالأمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجوز شهادة الزور ومنه يكفي كونه مرتكبا محظورا به لا ترى إلى ما قال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجبها تقبل شهادته بعد أن يشهد بالزور لو جاهدته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه يخالف لنص

يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحتج به عن الكذب وفي الذخيرة ولا تجوز شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنه كبيرة ثم شرط الأمان ولم يرد به الأمان في الشرب وإنما أراد به الأمان في الشبهة يعني يشرب ومن يثبته أنه يشرب بعد ذلك أذ وجدته ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به في سائر الأشربة سوى الخمر لأن المحرم في سائر الأشربة بالسكر فشرط الأمان على الشرب ولأن من غنى للناس وإنما قيد بقوله للناس لأنه إذا غنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لآلة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال إن فيه تكرارا بعد ذكر المغنية قبل هذا لأننا نقول ذلك مخصوص بالمرأة وهذا عام ولأن الأولى في تغنى المرأة مطلقا لأن رفع الصوت فيها حرام خصوصا إذا كان مع الغناء وهذا في التغنى للناس (قوله ولأن يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الخسد) واختلفوا في تغسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول

قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ) من أتى بشئ من الكبائر التي يتعلق بها الخسد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد وقتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهي الأسر الك بالله والغفار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة (ولأن يدخل الحمام من غير متزجر) كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة ولا من يلعب بالنرد أو الشرط نج) إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة القمار أو تغويت الصلاة بالاشتغال به أو أكلت الأيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان ولم يفرق بين النرد والشرط نج في شرط أحد الأمرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرد لقوله عليه السلام ما عون من لعب بالنرد والمعون

لا يكون عدلا ويجوز أن يكون افراد قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع (٤٨٥) من قبول الشهادة اشارة الى ذلك

(قوله لان الاجتهاد فيه

مساغا) قيل لان ما اسكا

والشافعي يقولان بحل اللعب

بالشطرنج بشرط أن يكون

أكل الربا مشهورا به لان

الانسان قلما يجوع عن

مباشرة العقود الفاسدة

وكل ذلك رافلا وردت شهادته

اذا ابتلى به لم يسق أحد

مقبول الشهادة غالبا وهذا

بخلاف أكل مال اليتيم

فانه يسقط العدالة وان لم

يشهر به لعدم عموم البلوى

(ولامس في فعل الافعال

المستحقة) وفي نسخة المحقرة

وفي أخرى المستحقة وفي

أخرى المستحقة وفي أخرى

المستحقة كلها على اسم

المفعول سوى المستحقة بلفظ

اسم الفاعل من السخيف

وهو النسبة الى السخيف

رقة العقل من قولهم ثوب

سخيف اذا كان قليل الغزل

وصح صاحب الغرر

هذه الاخيرة (كالبول

والاكل على الطريق

(قوله فاما مجرد اللعب

بالشطرنج فليس بفسق)

أقول قال السكاكي في معراج

الرباية واللعب بالشطرنج

يمنع قبول الشهادة بالاجماع

اذا كان مدمنا عليه أو

يقاض أو تفوته الصلاة أو

أكثر عليه الخلف بالكذب

والباطل اه في قول

الاكمل اذا انضم اليه

أحد أمور ثلاثة بحث

(قوله سوى المستحقة الخ)

لا يشتغال بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساغا وشروط في الاصل أن يكون أكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما يجوع عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك رافلا (ولامن يفعل الافعال المستحقة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا واما الاول فالمراد بالمتخصص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة بل أكثرها كانوا عليه ونزلت آية الى باب سب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو الى أجل فان لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المنداول في غالب الازمان لا يبيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلا أو لا قليلا واما كل مال اليتيم فلم يقبده أحد ونصو انه بجرة وأنت تعلم انه لابد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه بجرة يظهر لانه يحاسب فيه انه اسنة نقص من المال والحاصل أن الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضي لا يرتب ذلك البعد لظهوره فالحل سواء في ذلك ولذا نقول اذا علم انه يلعب بالنرد وشهادته سواء قام به أو لم يقام لم ينافي حديث أبي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمى وي طرح بلا حساب واعمال فذكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قام به أولا فاما الشطرنج فقد اختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام أحمد لما روينا فانه قد قيل ان النرد شير هو والشطرنج ولسا سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله عليه الصلاة والسلام كل لهو المؤمن باطل الا ثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام ليس من الله الا ثلاث ناديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونوبه وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الخلف كاذبا والكذب عليه وناخير الصلاة عن وقتها والمعاصرة به فلما كان الاجتهاد فيه متجردا مساعا لم تسقط العدالة به واما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلا تبايه الامور المحقرة ولا تقبل شهادته أهل الشبهة وهو الذي يسمى في ديار نادكا كلاله اما ساحرا أو كذابا أعنى الذي ياكل منها ويتخذها مكسبة فأما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب السيماعلى هذا (قوله ولامن يفعل الافعال المستحقة) وفي بعض النسخ المستحقة وفي بعضها المستحقة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستحقة بفتح الخاء وكسر هاء أي التي يستخف الناس فاعلمها أو الخصلة التي تستخف الغافل فيبدومنها ما يلبق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفك الذين لا يؤمنون وذلك (كلا كل على قارة الطريق) يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضوره قد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من

الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشرار بالله والغرام من الزحف وعقوق الوالدين ونيل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقول أهل الحجاز وأهل الحديث وزاد بعضهم على هذه السبع أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيتة وأصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الأئمة الحوافي رحمه الله انه قال ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث على ما من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الاخيرة (قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع بالشهادة) وفي الاخيرة ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن بشرط انضمام احدي المعاني الثلاثة اذا قاسر عليه أو شغله عن الصلاة أو أكثر الخلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلاثة من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا (قوله لان الاجتهاد فيه مساغا) قال مالك والشافعي رحمه الله يحل اللعب بالشطرنج (قوله والاكل على الطريق) يعني به بجرى الناس وذكر في فتاوى قاضيان رحمه الله ولا تقبل شهادة من باكل في السوق بين أيدي الناس لان ذلك لا يفعل من كان له مروءة ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفي السلف جمع سالف وهو الماضي

أقول أي الافعال التي تكون سببا لنسبة صاحبها الى السخيف ورقة العقل ثم أقول يمكن أن يكون المستحقة بالتخفيف على وزن المفعول كالمسندة

وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمنع عن الكذب فيهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) انظهور

لا يستحي من الطائفة والمشي بسراويل فقط ومدرجه عند الناس وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يعد منه أن يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى اذا لم تسح فاصنع ما شئت وعن السرخسي لو أن شيخنا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سحيف وأما أهل الصناعات الدينية كالكساح وهو الذي يسمى في عرف ديار مصر قنواقي والبال والحائك والحجام فقبل لا تقبل وبه قال الشافعي وأحد وجهه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت أكثر خلف للوعد السعدي والاصح قبل لانهم قد تولوا ما قوم صالحون فإلم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله الخناسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرًا زبادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل الامن علم عدالتهم منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الأئمة هذا اذا ترصد ذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فقبل لعدم تنبيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشتري فلان أو باع أو أجز وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبًا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح قبل اذا كان غالب أحوالهم الصلاح فانهم غالبًا إنما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجازنة منزلة الواقع ليستغوا عن الكتابة اذا صدر المعنى بعد هارود بعض العلماء شهادة القروى والاعرابي وعامة العلماء تقبل الابنائع غيره ولا تقبل شهادة الطفلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يهلك منه الناس ويل له ويل له وقال نصير بن يحيى من يشتم أهله ومساكينه كثير في كل ساعة لا تقبل وان كان أحيانًا تقبل وكذا الشتم للحيوان كذا يشتمه وأما في ديارنا فكثر يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يمينه بأك ولامن يحلف في كلامه كثيرًا ونحوه وحكى أن الفضل بن الربيع شتم عند أبي يوسف فرد شهادته فشقاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يقول ما قال للخليفة أما عبدك فان كان صادقًا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبًا فكذلك فعذره الخليفة والذي عند أبي يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمة وكوني تحت أمرك ممثلاً له على اهانة نفسه في ذلك والتسليم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذا بمحظور انما هو في القرآن وليكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتعلقه لأجل الدنيا فر بما يعرض هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بما يعرض من خاطره والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعبد وقيل في تعريف المروءة أن لا ياتي الانسان بما يعتذر منه مما يخسه عن مرتبته عند أهل الفضل وقيل السمات الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب مخيف اذا كان قليل الغزل وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط لانه يؤديه الى منع الحق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابه والتابعين ومنهم أبو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء وانص أبو

لان فيه ترك المروءة واذا كان لا يستحي من مثل ذلك (الظاهر أنه لا يمنع عن الكذب) فكان متحماً (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهما الصباية والتابعون منهم أبو حنيفة (انظهور)

بفتح النون من السخف والسب حينئذ تكون أصلية وأما المسخفة بالشد بدعي صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسب فيها زائدة (قال المصنف واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمنع عن الكذب) أقول قال العلامة السكاكي وفي المحيط لا تقبل شهادة الخناسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرًا فاما من كان عدلاً منهم تقبل شهادتهم اهـ

وفي الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه ويعتق أثره كأبي حنيفة وأصحابه رجعهم الله فانهم سلفاء والصحابه والتابعون سلف لابي حنيفة وأصحابه كذا ذكره بدر الدين وفي الذخيرة قال أبو يوسف لا جبر شهادة من يشتم أصحاب رسول الله عليه السلام لانه لو شتم واحدا من الناس لا تجوز شهادته فهو ناأوى وتقبل شهادة أهل الأهواء الهوى ميلان النفس الى ما يستلذه من الشهوات وانما سبوا به لما تبعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان أصول الأهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة فيبلغ الى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة شهادة أهل الأهواء مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ما جناه يكون عدلاً في تعاطيه وهو الصحيح وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الأهواء لانهم فسقة اذا فسق اعتقاداً غلطاً منه تعاطياً ولا شهادة لافاسق ولنا أن الفاسق انما لا تقبل شهادته لانه لئمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يبدل على ذلك لانه انما وقع في الهوى

فسقه) وقيد بالاطهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روي ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يبرأ منهم وفرقوا بان اظهار سبهم لا ياتي به الا الاسماء السخيفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده ديناً وان كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الأهواء الخطابية) منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذه من الشهوات وانما عوايه لما بهتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان أصول الأهواء الجبر والقلوب والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يغتر اثني عشر فرقة (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتها (٤٨٧) دهم لانه أغلظ وجوه الفسق) اذا الفسق من حيث الاعتقاد

سرمه من حيث التعاطي (ولما أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كمن شرب الخمر أو شافى كل من ترك التسمية عامداً معتقداً باحتماله لايصير به مردوداً للشهادة والخطابية قبل هم غلات من الروافض ينسبون الى أبي الخطابي جسي كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان يزعم أن علياً الله الاكبر وجعفر الصادق الله الاصغر وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غير يجب أن يشهد له ببقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم ترد شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كاقيل أولا ولم يكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كاقيل نانياً أو نالها قال (وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض الخ) شهادة

فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الأهواء الخطابية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق ولما أنه فسق من حيث الاعتقاد وما وقع فيه الاتي به به وصار كمن يشرب الخمر أو يأكل من ترك التسمية عامداً مستهجماً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم)

يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاطهار لانه لو اعتقده ولم يظهره فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من روى اية بن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادته من يتبرأ منهم لان اظهار التسمية مجزئة وسفه ولا ياتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده ديناً مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الأهواء) كلهم من المعتزلة والقدريّة والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهو اهدم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المصنف ففتح قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فكقولنا لا اختلاف وجهه قول مالك ما ذكر أن البسطة في الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير منهم بالكذب لدينه بتحريره حتى انه لم يكفر به كالخوارج فهو أبعدهم من التهمة وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتقادهم الغلو في الصحة مع أن قبول الرواية أيضاً مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمنع وهو أن رد شهادة القاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبي الخطابي وهو محمد بن أبي وهب الاجدع وقيل محمد بن أبي زينب الاسدي الاجدع وخرج أبو الخطابي بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكنايس (قوله وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض) قيد بها الخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة أهل مله منهم على أهل مله

لأنه عمق في الدين ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفراً فيكون متمنعاً عن الكذب كمن تناول المثلث أو متروك التسمية عامداً معتقداً باحتماله لا يصير به مردوداً للشهادة (قوله الخطابية) الروافض ينسبون الى أبي الخطابي محمد بن أبي وهب الاجدع وكان يزعم أن علياً الله الاكبر وجعفر

أهل الزمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني وقال ابن أبي ليلى ان اتفقت مللهم وفيه لا تقبل شهادة الطفلي والمشعوذ والرافض والمسخرة بلا خلاف وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة الخيل وقال مالك ان أفرط في الخيل لا تقبل قال الزبيلي وفي النهاية شهادة الخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يخيل بالواجبات كالزرافة والزجاجة والاقارب اه (قال المصنف وقال الشافعي لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق) أقول عدم قبول شهادة أهل الأهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فقولنا لا اختلاف (قوله فانه معطوف على قوله ما لم يكن من شئ الاية) أقول هذه الآية في سورة الانفال (قوله

قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لأهل مله على أهل مله أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله ما لكم من شيء والعطف قرينة برأيه تناسب المعاني (وقال مالك والشافعي لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون) والظالم فاسق (فيجب التوقف في خبره) لقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فصار كالمتردد لا تقبل شهادة المندرجين جنسه وخلاف جنسه (ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين فإن قيل المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذي فبطل القياس فالجواب أن القياس في الذي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعتبرض بأن الله تعالى قال بمن ترضون من المشركين والكافرين ليس بمرضى بالنسبة إلى الشهادة علينا ومطلقا والأول مسلم وليس بقبولة والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع وضائعا يمنع شهادة بعضهم على (٤٨٨) بعض (قوله والغسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لأنه فاسق وتقريره

وقال مالك والشافعي رحمه الله لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادة على المسلم فصار كالمتردد ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والغسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يحتجب ما يعتقده محرم دينه والكذب مخطور الأدیان

أخرى وقد نص عليه بقوله وإن اختلفت مللهم احتراز به عن قول ابن أبي ليلى وأبي عبيد الله لا تقبل مع اختلاف الملل كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه (وقال مالك والشافعي رحمه الله لا تقبل أصلا لأنه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون) ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة بتعجيب بخط شيخنا قال تعالى للكافرين هم الفاسقون الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون (فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمتردد) بذلك الجامع وقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال بمن ترضون من الشهداء والكافرون ليس ذاعل ولا مرضيا ولا منا ولا نالوقلنا شهادتهم لا وجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء بقولهم قال المصنف (ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الامام المخرج غريب وغير مطابق لأمدي وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجاهد بن جابر عن الشعبي عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ومجاهد فيه مقال ثم قال شيخنا علماء الدين وبوجد في بعض نسخ الهداية اليهود دعوى النصارى وذكري ما رواه أبو داود وهذا الإسناد جاءت اليهود برجل وأمرأة منهم زنيا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتنوني بأعلم رجلين منكم فاتوه بابني صور يا فتشدهما الله كيف تجدان أمرهذين في التوراة قالوا

ابن محمد الصادق الإله الأصغر فطرده جعفر فادعى في نفسه ماله وهو زعم اتباعه أن جعفر الله وأبو الخطاب أعظم منه وهم كانوا يدينون لشهادة الزور ولو أفتهم على مخالفتهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فتمسك شبهة الكذب في شهادتهم (قوله وصار كالمتردد) أي لا تقبل

الفسق مانع من حيث إعطى محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والأول مسلم لكن فسق الكافر ليس من باب فأن الكافر يحتجب بحرم دينه واعتبرض بأن الاجتناب عن مخطور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وتجدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وأجيب بأن المراد به الاخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطون على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم

فالعطف قرينة برأيه

تناسب المعاني أقول ولعصم أن يقول القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وقد ورد نص على عدم القبول بخلاف فليتأمل ثم لو صح ما ذكر لجاز شهادة المستأمن على الذي وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصارى) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال في النهاية المسلم إذا انحط إلى كتاب ابنته الصغيرة فزوجهما منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لأن الشهادة من باب الولاية (قوله فالجواب أن القياس في الذي الخ) أقول وفيه بحث فإن الشهادة من باب الولاية بقوله ولا ولاية للذي على المسلم فكيف يكون القياس في الذي كذلك ثم لو نقض شهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يشي هذا الجواب إذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضى) أقول لا ينبغي بحليل أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والأفليس واحد من الخصوم راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله فالأولى أن يجاب بما في سائر الشروح مع أنه مرضى من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم

على أن الحق ما هم عليه فالكذب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظوراً واذ هو محظور الأديان كلها وقوله (بخلاف المرتد) جواب عن قوله فصار كالمترد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاد وهو ركن الدليل وقوله (وبخلاف شهادة الذي على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزم الولاية أهلية الشهادة لعلمت شهادة الذي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالاضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب (٤٨٩) آخر عن هذا السؤال ولأنه يقول

عليه جواب آخر ونقرر به سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققه لكن المانع متحقق وهو تعظيمه بقهر المسلم إياه فإنه يحمله على القول عليه بخلاف ملل الكفر فإنها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على القول قال (ولا تقبل شهادة الحر بي على الذي الخ) لا تقبل شهادة الحر بي على الذي قال المصنف (أراد الحر بي المستأمن) وانما قال ذلك لان شهادة الحر بي الذي لم يستأمن على الذي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ بقهره فيصير عبداً ولا شهادة للعبد لانه لا ولاية له وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذي لانه لا ولاية له على الذي لم يمسكونه من أهل دارنا

والمستأمن من أهل دار الحرب واختلف الدارين على أن الحق ما هم عليه أقول قوله ومن بعدهم

بخلاف المرتد لانه لا ولاية له ولا ولاية له على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يقول عليه لانه يغيطه قهره إياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على القول قال (ولا تقبل شهادة الحر بي على الذي) وأراد به والله أعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه

فما اذا شهد أحد بعتة منهم أنهم اذا أرادوا ذكره في فرجها كليل في المكحلة رجاء قال فيا عني كما أن ترجموها قال لا ذهب سلطاننا فذكر هنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فخافوا بعتة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كليل في المكحلة فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم برجهم قال هكذا وجدته في نسخة علماء الدين بخط يده وهو تصيف وانما هو فدعا بالشهود وكشفته من نحو عشر من نسخة وكذا رواه الشيخ بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبرزاري مسانيدهم والدارقطني كاهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التتبع قوله في الحديث فدعا بالشهود وقشه دواز باد في الحديث تقردها بحال ولا يتحقق ما تقرده انتهي كلامه لكن الطحاوي أسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال اثبتوني بار بعتة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تقرده بحال يجزى فيه ما ذكرنا من أن الراوي المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكمه لا رتفاع وهم الغلط ولا شك أن رجاء عليه السلام كان بناء على مسائل من حكم التوراة فهم ما واجب به من أن حكمها الرجاء بشهادة أو بعده اذ هو يوافق ما أتزل اليه فلا بد من كونه بني على شهادة أو بعتة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لأن القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأما كونهم فهداه دلالة على أن بحالهم يغلط في هذه الزيادة وأنت علمت في مسئلة أهل الاهواء أن مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الآن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم بعضاً مستدل بالمعنى وهو أن الذي من أهل الولاية على جنسه يبدل ولا يتبعه على أولاده الصغار ومما يلكه فحازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه اذ لا ولاية له أصلاً فلا شهادة له ولانه يقول على المسلم اغيطه بقهره فكان منهم ما فيه بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى لانه وان عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على القول عليه ولا يخفى ما فيه اذ يجرد العداوة مانع من القبول كفي مسلم يعادي مسلماً ثم يشهد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فإنها تجوز على ملة غيرهم وأيضا فيقول الراوي أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عوم لها ويحتمل أنه حكاية تشرع قول فيهم شهادة الملتين ملة على ملة فلا تحكم باحدهما عينا غير أن في هذه خلافا في الأصول ورجح الثاني وهو مسئلة قول الراوي قضى بالشفعة للبحار (قوله ولا تقبل شهادة الحر بي على الذي) وأراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره

شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر (قوله ملل الكفر وان اختلفت فلا قهر) جواب لما يقال كان بين المسلم والذي معاداه فكذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين الجوس فكان ينبغي أن يكون اختلاف الملل مانعاً فقال وان اختلفت مللهم لم يصير بعضهم معهود بعضهم ائحماهم ذلك على القول بخلاف الكفر افرهم معهودون من جهة المسلمين وذا يحملهم على القول عليهم (قوله أراد به والله أعلم

(٦٢ - فضح القدر والكفاية - سادس) مبتدأ وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي ههنا بحث فليست أم (قوله منع لوجود الملزوم) أقول يعني منع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول مرأنا (قال المصنف لانه يغيطه) أقول قال الكاشي أي المسلم وفي النهاية للسان أي الشان هو أن يسخط الذي قهره إياه (قوله لانه مأخوذ قهرها) أقول جواب لقوله لا يقال يجوز الخ (قوله لانه لا ولاية له على الذي) أقول لم لا يكفي كونه من أهل الولاية مطلقاً على ما ذكره في الذي والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم

حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الغرائض وعلى هذا قوله وهو أعلى حاله أي أقرب إلى الإسلام من المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذي دون المستامن استظهارا على الاختلاف لتسام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذي وتقبل شهادته الذي عليه لأنه لكونه أعلى حالا أقرب إلى الإسلام فصار شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذي والمستامن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين إذا كانوا من دارين مختلفين ودخل دارنا مستامين فغلب ذلك الية العلية في بعض الصور دون بعض الحكم والاول هو الظاهر فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذي على المستامن لاجل علة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعد فتأمل وسند كراهة الجواب عن قبول شهادة الذي على المستامن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال (وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض الخ) المستامنون في دارنا لا يخلوا ما أن يكونوا من دار واحدة وألا فإن كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني (٤٩٠) كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله

بجلاف الذي) جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية ببلت شهادة الذي على المستامن لوجوده لكتبا قبلت ووجه أن يقال الذي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن تقبل شهادة الذي عليه ولا كذلك المستامن لأنه ليس من أهل دارنا وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستامين قال (ولن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ) وإذا كانت الحسنات أكثر من

لان الذي من أهل دارنا وهو أعلى حاله وتقبل شهادة الذي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذي (وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستامن (وان كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان لم يعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعبرة فلا بد من توفى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فان الحربي لو دخل بلاد أمان فهر استرق ولشهادة للعد على أحد وذلك لان الذي أعلى من المستامن لأنه قبل خلف الإسلام وهو الجزية فهو أقرب إلى الإسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذي عندنا بالمستامن وقوله بخلاف الذي متصل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذي على المستامن وان كانوا من أهل دارين مختلفين لان الذي بعقد الذمة صار كالسليم وشهادة المسلم تقبل على المستامن فكذلك الذي وانما لا يجري التوارث بين الذي والمستامن لان المستامن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الارث والمال (قوله وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالعامي والمروى عن أبي يوسف هو قوله لا ياتي بكبيرة ولا يصير على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وموصوابة أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبد الله بن سليمان وزرير المعتضد عن العدالة فقال أحسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر

المستامن) وانما قيد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربي على الذي لما أتت الشهادة انما تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الإسلام ولو دخل حربي في دار الإسلام بغير استئمان يؤخذ قهرا فاسترق فتكون شهادته شهادة عبد فلا تقبل شهادة عبد على أحد (قوله لان الذي من أهل دارنا وهو أعلى منه) أي أقرب إلى أهل الإسلام لأنه قبل ما هو وخلف الإسلام هو الحربي وتولاه صار محقون الدم على التأنيد ولهذا يقتل المسلم بالذي قصاصا ولا يقتل المسلم بالمستامن (قوله بخلاف الذي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستامن) متصل

فاما

(قال المصنف لان الذي من أهل دارنا) أقول قال السكاكي وانما لا يجري التوارث بين الذي

والمستامن لان المستامن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الارث والمال انتهى فلم يقال مثل هذا المستامين من دارين مختلفين (قوله وتقبل شهادة الذي عليه) أقول لا يستفاد من هذا التقرير بما أراده بل مفاده أن يكون علة انقطاع الولاية لعدم قبول شهادة المستامن على الذي (قوله وفيه نظر لان اختلاف الدارين الخ) أقول لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حاله من الآخر أعني تساويهما في الحال (قوله فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستامن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول أنت تخبر بانه يخالف لقوله تعالى بالكفر ولا يهتم من شيء وأيضا يخالف لما نص عليه المصنف أنهما من سلب ولاية الذي بالإضافة إلى المسلم فهذا شرح الكلام بما لا يرضى صاحبه فالاولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا (قال المصنف اذا لم يدين توفى الكبائر كلها) أقول وفيه بحث ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا في

السبب وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الغرض ويحجب الباطن والاضرار (٤٩١) على الصغيرة كبيرة تعتبر غالب أحواله

في تعاطي الصغار فان كان
اياه بما هو ماذون في الشرع
أغلب من المام بالصغار
جازت شهادته ولا تنقدح
عدالته بالمام الصغار لئلا
يفضي الى تضيق حقوق
الناس بسبب الشهادة
المفتوح لاحابها (وتقبل
شهادة الاقلف وهو من لم
يخون) لان الختان سنة عند
علمائنا وترك السنة لا يخل
بالعدالة الا اذا تركها
استخفا بالدين فانه لا يبق
حينئذ عدلا بل مسلم او
خيفة ربه الله لم يقدره
وقتما عينا المقدار بالشرع
ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع
والمتأخرون بعضهم قدره
من سبع سنين الى عشر
وبعضهم اليوم السابع
من ولادته أو بعده لما روي
أن الحسن والحسين رضى
الله عنهما ختانا اليوم السابع
أو بعد السابع لكنهما شاذ

البدائع ومن أصحابنا من
قال اذا كان الرجل صالحا في
أموره أغلب حسنه
سنيته ولا يعرف بالكذب
ولا شيء من الكبائر فغير
أنه يشرب الخمر أحيانا للصحة
البدن والتقوى لا للهوى
يكون عدلا وعامة مشايخنا
على أنه لا يكون عدلا لان
شرب الخمر يكون كبيرة
محضة وان كانت للتداوى
انتهى ولعل هذا الأخير
هو الاولى ويفهم ذلك من
قوله هذا هو الصحيح في حد

فاما الامام بعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد
بابه وهو مفتوح احياء للعقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفا بالدين
لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا

ذلك وكان يكفي الى قوله وسرورة ظاهرة وقول المصنف (فاما الامام بعصية فلا تنقدح به العدالة) يريد
الصغيرة ولفظ الامام وألم قد اشتهر في الصغيرة ومنه قول أبي خراش وهو يسعي بين الصفا والمروة
ان تغفر اللهم تغفر جفا * وأى عبدك لا ألما

هكذا أو رده العتي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى أمية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم
غلط ولا بأس بذكر أفراد نص عليها من ترك الصلاة باجتماع بعد كون الامام لاطعن عليه في دين ولا حال وان
كان متأولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته
بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بجمرة واحدة كالخواري ومنهم من شرط ثلاث مرات
كالسرخسي والاول أوجه وذكر الاسيحي من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند اكثر ولا بد من كونه
في غير ارادة التقوى على صوم الغدا وموانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه
ورد شداد شهادة شيخنا صاحب الحماض بنه في نفقة طريق مكة كانه رأى منه تضيقا ومشاهدة فشده منه البخل
وذكر الخصاص ان ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفر وقرى فارس
ونحوها لانه مخاطر بدنه ونفسه لنبل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال وفرد شهادة من لم يحج اذا كان
موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤخر كانه وبه أخذ الفقهاء أبو الليث وكل من شهد على اقرار
باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق الخناسين مقاطعة وأشهد على وثيقتهاشه وهذا قال المشايخ ان
شهد واحد لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مبشري السلطان على ضمان
الجهات والاحازات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الاقلف)
نص عليه الخصاص قال وتجاوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك وكل من
يراه واجبا يطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء
مكرمة وما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما

بقوله وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل أى شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا
من منعات مختلفة لانهم صاروا من أهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا
بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على أهل الذمة كالمسلمين وان كانوا من منعات مختلفة فكذلك شهادة بعضهم
على البعض لما أن دار الاسلام لا تختلف باختلاف المنعة بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على
بعض اذا كانوا من أهل الدارين كالروم والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجزى
التوارث فان قيل الذى مع المستأمنين مختلفان دارا وقد قبلت شهادته على المستأمن قلنا الذى لعقد الذمة صار
كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستأمن فكذلك شهادته على المستأمن بخلاف الروم والترك لا تستأمنهم وقد
اختلفت الدار فامتنع القبول (قوله وان الم بعصية) حكى عن الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله
انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغار ولا يخلون عن اتيان ما هو ماذون به في الشرع فيعتبر في ذلك
الغالب بر يديه في حق الصغار فان كان غالب أحواله انه يأتى بما هو ماذون به في الشرع ويحترز عما لا يخل في
الشرع من الصغار كان جائزا لشهادته بعد ان تحرز عن كل الكبائر وان كان غالب أحواله انه لا يحترز من
الصغار لا يكون جائزا لشهادته (قوله وتقبل شهادة الاقلف) وعن ابن عباس رضى الله عنه لا تقبل شهادته وانما
تقبل عندما اذا ترك بعذر الكبر أو خوف الهلاك فان تركه على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين

العدالة انتهى فليتامل (قال المصنف الا اذا تركه) أقول أى الختان المفهوم من الكلام

(و) تقبل شهادة (الخصي) وهو متزوج الخصية لان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانما قطع طلمة اصابه كمن قطع يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وكفرهما ما عدا الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لا تقبل شهادة في الزنا لانه يجب أن يكون غيره كمثل) والكاف رائدة كافي قوله تعالى ليس كمثل شيء فيهم قلنا الكلام في العدل وجهه ذلك بقلبه ليس بقادر لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لانسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحب (وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسین مقبولة بالنص) قال الله تعالى (٤٩٢) واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل

(والخصي) لان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضومنه طلمة اصابه كما اذا قطع يده (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وكفرهما هو مسلم وقال مالك لرحمة الله لا تقبل في الزنا لانه يجب أن يكون غيره كمثل فيهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحب والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسین مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفاسق الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجهه في الناس ذامر وعة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة واهابة له لا يستاجر على الشهادة الكاذبة

أراد به المجوسى ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصي اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاء لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدمته بن مظعون رواه ابن أبي شيبة بسنده ورأه أبو نعيم في الخلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبي المتوكل ان الجار ود شهد على قدمته أنه شرب الخمر فقال عمر رضى الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جار ود ما أراك إلا مجاودا قال يشرب خمرتك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصي لعمر أتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني أشهد أني رأيته يتقيها فقال عمر ما فاه حاق شر بها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبيد الزنا مطولا (قوله وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره اذا تزور زورته وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل بنفسه ليس بفاسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم لان هؤلاء خلفاء وعمال في العرف أحسن مما قيل ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم لان هؤلاء خلفاء وعمال في العرف من توليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فقبل ما لم يظهر وينقش عنه الظلم كالخجاج وقيل أراد ما روى عن أبي يوسف في الفاسق الوجه وعمال ما فيه ورده شهادة الوزر لقوله للخليفة أنا عبدك بعد هذه الرواية وقيل أراد بالعمال الذين يعملون ويؤجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الحسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب وذكر الصدور الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجاني والصراف الذي يجمع عنده الدراهم

فلا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا (قوله وشهادة الخنثى جائزة) وفي الخزانة والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل (قوله عمال السلطان عند عامة المشايخ) وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وكذا السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء وانما ورده هذه المسئلة رد القول ذلك القائل

ولها به لا يستاجر على الشهادة الكاذبة وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم أو يؤجرون أنفسهم لان من قال الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون أراد هذه المسئلة رد القول لهم لان كسبهم أطيب الا كسب قال صلى الله عليه وسلم أفضل الناس عند الله

(قوله سلمناه لكن لانسلم أن العدل الخ) أقول فيه بحث اذا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه والجواب أن المسلم هو عدم كون القدر مغيا بالتحدث بعنى سلمناه من أخذ قبل التحدث فيحدث بالعدالة الآن المتأخذة في ارادة ذلك واختياره لافي مجرد الحب الطبيعي ولا نسلم أن العدل يريد ذلك

وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا تقبل شهادة في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة) قال نضر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعنى أبا حنيفة يجبر شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وكذا السوائم لان نفس العمل ليس بفاسق لان أجلاء العبادة رضى الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العمل اذا كان وجهه في الناس ذامر وعة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به اذا كان عدلا على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تشبيهه بما مر عن أبي يوسف في الفاسق (لانه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة

من يأكل من كسب يده فاني بوجوب جرحا قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) اذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان أو شهدا الموصى لهما بذلك أو شهدا غير عيان لهما على الميت دين أو شهدا غير عيان للميت عليهما دين أو شهدا وصيان أنه أوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو ما أن يكون الموت معسروا أو الموصى راضيا أو لم يكن فان كان الثاني لم يحز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سذكروه وان كان الاول جازا استحسانا وفي القياس لا يجوز لان شهادة متهم لعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب (٤٩٣) على القاضي ما لا يمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لئلا يكتفه

من نصب الوصى اذا رضى الوصى والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتامل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوهم مؤنة التعيين ولم يشترطوا شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة قبل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل

ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بان الوصيين اذا اعترفا بشهادتهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا ثالث معهما اعترافا بجزءهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا أنكر اولم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصى اذا ذلك فكانت هي الموجبة الا في الغرضين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانها يقران على أنفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا أن أباهما الغائب وكل فلا يقبض دينه

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصى لم يحز) وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غير عيان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى اذا كان طالبا للموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لأن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا قرأ أن معهما ثالثا ذلك القاضي نصب ثالث معهما المعجزهما عن التصرف باعتبارهما بخلاف ما اذا أنكر اولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغرضين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معسروا لانها يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعتبارهما في حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله يقبض دينه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لكان التهمة

ويأخذها لو عالا تقبل وقدمنا عن البرزوي أن القائم بتوزيع هذه النوايب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلم فاعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمنان الجهات في بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم (قوله واذا شهد الرجلان) صورته رجل ادعى أنه وصي فلان الميت فشهد بذلك ثلثان موصى لهما بمال أو ورثان لذلك الميت أو غير عيان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جاب نفع للشاهد أما الوارثان القصد هما من نصب من يتصرف لهما ويرى حقا ويقوم باحياء حقوقهما والغرضان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمدونان لوجود من يبرأ بالذبح اليه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة خرجت نفعالا تقبل وجه الاستحسان أنالم فوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعترفا بها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء ويجوز استعمالها لاعتادة

لان كسبهم أطيب الكسب على ورد في الحديث أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا (قوله وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه) وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما واغراض قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما أو يبرأ بالذبح اليه والوصيان قصدوا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدوا نصب من يدفع اليه حقوقهما (قوله مؤنة التعيين) لان القاضي يلزمه أن يتامل في هذا الوصى ان يصلح للوصية لامانته وديانته وهذا أم لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكاه وأخبرا القاضي بأنه أهل لذلك فيكفي مؤنة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء بدفع التهمة عن القاضي (قوله والوصيان اذا قرأ أن معهما ثالثا) جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فلقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على

بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك

(قال المصنف واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان) أقول يقال أوصى اليه أي جعله وصيا أو وصى له أي جعله موصى له (قال المصنف والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا) أقول قوله والوصى يدعى أي والوصى رضي هكذا سأل لثم رأيت في شرح الجامع الصغير لمؤلفه علاء الدين الاسود مانعه والمراد من الدعوى في قوله والوصى يدعى هو الرضا اذا جاز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي ان ينصب وصيا اذا رضى هو به انتهى (قوله لانه ليس له نصب ولاية الوصى) أقول الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصى

غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطبيب القلب في السفر بأحدى نسائه وإدفع التهمة عن القاضى في تعيين
 الانصبا فكذلك هذه الشهادة في هذه الصور لم تثبت شيئا وانما اعتبرناها القائدة اسقاط تعيين الوصى عن
 القاضى فان للقاضى اذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب الوصى وكذا اذا كان للميت وصى وأدعى المجرى
 وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضى أو عليه أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء
 بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى بذلك مؤنة التفتيش على
 الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أو جبهة الشهادة المذكورة وكذلك وصيا للميت لما شهدا
 بالثالث فقد اعترفوا بجري منهما عن التصرف الآن يكون هو ومعهما أو بجري علمه الميت منهما حتى أدخله
 معهما فنصب القاضى الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضى لا يملك نصب وصى قبل الموت
 الا في شهادة الغريمين المديون فان لا يشترط في اثبات الوصى الذى شهد له ثبوت الموت لانهم مقرران على
 أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية
 والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعى الو كالة
 لا تقبل لانه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو أثبت القاضى وكالته لكان مثبتا لها بهذه
 الشهادة وهى لا تقبل ان يمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحقق ما ذكرنا ظهر أن عدم قبول هذه الشهادة
 ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وانما ثبت عندهما نصب القاضى وصيا اختاروه وليس هنا
 موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرنا في نفس ايضاء القاضى اليه فالقياس لا ياباه فلا
 وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن أصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس الا محمد بن
 يعقوب بن أبي حنيفة رجعهم الله في شاهدين شهدا الرجل أن أباهما أوصى اليه قال جازان ادعى ذلك وان
 أنكر لم يجز وان شهدا أن أباهما وكله بقبض دينه بالسكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضى لا يقدر على
 نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهى ليست بموجبة * (فروع) * اذا شهد المودعان
 يكون المودعة ملكا للمودعها تقبل ولو شهدا على اقرار مدعيها انهم املك المودع لا تقبل الا اذا كانا مودعة
 على المودع ولو شهدا المرتهنان بالرهن لم يدعيه قبلت ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل ويضمنان قيمته
 للمدعى لا اقرارهما بالعصب ولو شهدا على اقرار المدعى بكون الرهن ملكا للرهن لا تقبل وان كان الرهن هالكا
 الا اذا شهدا بعد رد الرهن واذا أنكر المرتهنان فشهدا الرهنا بذلك لا تقبل وضمنان قيمته للمدعى لما ذكرنا
 ولو شهدا الغاصبان بالملك للمدعى لا تقبل الا اذا كان بعد رد الغصب ولو شهدا في يدهما ثم شهد للمدعى
 لا تقبل ولو شهدا المستقرضان بان الملك في المستقرض للمدعى لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ولو رد عينه وعن
 أبي يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء اذا شهدا المشترى بغير
 فاسد ايان المشترى ملكا للمدعى بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضى العقد أو تراضوا على نقضه هذا اذا
 كان في يدهما فلوراء على البائع ثم شهدا قبلت ولو شهدا المشترى بما اشترى من انسان ولو بعد التمايل أو الرد
 بالعيب بلا فضاء لا تقبل كالبائع اذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعى بعد المبيع ولو كان الرد بطريق هو فسخ
 قبلت وشهادة الغريمين بان الدين الذى عليهم حال هذا المدعى لا تقبل وان قضيا الدين وشهادة المستاجر بكون
 الدار للمدعى ان قال المدعى ان الاجارة كانت بامرئ لا تقبل ولو قال كانت بغير امرئ تقبل وشهادة ساكن
 الدار بغير اجارة للمدعى أو عليه تقبل خلافا ل محمد فمما عليه بناء على تجوز غصب العقار وعدمه ولو شهد
 عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل وفي العيون أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا
 على البائع أنه استوفى الثمن من المشتري عند تجزؤه تجوز اجاعا ولو وكله بالخصومة في ألف قبل فلان نخاصم
 عند غير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى فشهد به هذه الالف لوكله جازت خلافا لابي يوسف
 فانه يجعله بمجرد الو كالة قام مقام الموكل ولو كان خاصم عند القاضى والباقي بحاله لم تجز ولو خاصم في الالف
 الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فممكن التهمة في الشهادة فاجاب أن الوصيين اذا أقر ان معهما مالسا

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالتزام ولانه هناك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة

عند القاضي والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ان كان التوكيل عند القاضي قبلت وان كان خارجا عنه فاحتاج الى اثبات الوكالة عند القاضي بالاشهاد لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصم في جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم بخلاف الاول لان القاضي علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل في غير ما صار فيه خصما هذا كله في الوكالة الخاصة وهي التوكيل بالخصوص والطلب على رجل معين وحكمها ان لا يتناول الحادث بعد التوكيل اما العامة وهي ان يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشئ على أحد بعد العزل الا على ما وجب بعد العزل شهدا بنا الموكل أن أباه موكل هذا بقضاء دينه لا تقبل اذا جحد الما طلب الوكالة وكذا في الوكالة بالخصوص وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة أولويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصي للميت بعد ما أخرجته القاضي عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاص فيه أو لا ولو شهدا بكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية ولو لكبير وصغير معا في غير الميراث لا تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين دار أو غير هالوارث بالغ تقبل والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به) قبل قوله ولا يحكم به تكرار أجيب بجواب أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفى الامر من والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد فان كان متضمنا أحد ههما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكابر أو شريرة الجرا أو على اقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعو عن الشهادة أو على اقرارهم أنهم أجزأ في هذه الشهادة أو اقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو اقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة في هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة أو جه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لانه من رفعه في الحال بالتوبة الثاني ان مجرد هذه الشهادة بفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتكى على ملا من الناس اذ يدفع بان يخبر القاضي سرافيتقرع على هذه الصور التي ذكرناها ومنها ما لو قام رجل يعني المدعي عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذه الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستحجار أمر رائد على مجرد الجرح أجاب المصنف عنه بقوله والاستحجار وان كان أمرا رائدا فلا خصم في اثباته لان المدعي عليه ليس نايبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل أجنبي عنه وأرد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلا امر كين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعد بلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بان المعدل في زماننا

ذلك القاضي نصب ثالثا معهما المجزها عن التعريف باعترافهما بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي ليس له اجبار أحد على قبول الوصاية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت طاهرا لانه حينئذ لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة فبطل معنى التهمة وفي الغريمين للميت عليهم ما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا قبل معنى القبول أمر القاضي اياهما اداء ما عليهما اليه لبراءتهم ما عن الدين بهذا الادعاء ان استيقا الدين منهم ما حق عليهم ما فيقبل فيسه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها (قوله ولا يسمع القاضي البينة على الجرح) أي على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غير أن يتضمن

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الخ) الجرح اما أن يكون مجردا أو غيره لانه لا يخلو اما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا والثاني هو المفرد المجرد عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ولك أن تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشئ وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة أو زناة أو أكابر أو الفاضل لا يسمعها واستدل المصنف وجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتتمكن المقضى عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالتزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قبل وعليه الاعتماد أن في الجرح المفرد هناك السر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا لم ينك واجب الستر وتعاطى اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد (قوله هم فسقة أو زناة) أقول أي زناة في زمن متقدم

أجيب بان من شرط ذلك في زماننا أن يقول لأعلم من حاله أو يعلم القاضي بذلك سرا إذا سأل القاضى تفاديا عن التعادى واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيد لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله الا انه) استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع أى لكن اذا شهد وهو المدعى عليه على المدعى أنه (أقران شهودى فسقة) فأنما اتقبل (لان الاقرار بما يدخل تحت الحكم) ولم يظور والفاحشة وانما حكموها عن غيرهم وهو المدعى والحاكم لاظهارها ليس كمنظورها وكذا اذا شهدوا بان المدعى استأجر الشهود لم يعمه لانه جرح مجرد وضم الاستحجار اليه ليس بخروج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استأجرهم بعشرة ذراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان في يده قبلت لانه خصم (في ذلك) فكان جرحا حراما فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه (وكذا اذا

أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على هذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برذل المال) لما قلنا بخلاف ما إذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أى ولما قلنا أنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر فى المتن وقيل لما قلنا من الدليلين فى الجرح المجرى قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب

احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك تقبل) لان الاقرار بما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستحجار وان كان أمرا رائدا عليه فلا خصم فى إثباته لان المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة ذراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان في يده تقبل لانه خصم فى ذلك ثم ثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برذل المال ولهذا قلنا انه لو أقام البينة

يخبر القاضى سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادى وأما لرجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضى وقول الشاهد لا شهادة عندى لشكك أو ظن عرا بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة فامالو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق للعبد أو لله سبحانه بان يشهدوا أن المدعى استأجرهم بعشرة وأعطاهم موهام مالى الذى كان في يده أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على هذا وقد شهدوا وأنا طالبهم بهذا المال الذى وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الى آخره ولكن لم أرفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شرب الخمر أو سرق مئى أو زنى أو شريك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذى كان فيه هذا الامر قبلت

ايحاب حق من حقوق الشرع أو حق من حقوق العباد تنعوا أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة أو أكلة بال أو شربة خمر أو على اقرارهم انهم شهدوا بالزور أو على اقرارهم اجراء فى أداء هذه الشهادة أو على اقرارهم ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى أو على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة وانما لا تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزامه والفسق بما لا يدخل تحت الحكم وليس فى وسع القاضى الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهى حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يقال ان فيه ضرر وهو كفى الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة وقد قال عليه السلام أنصرأ حاك ظالمأ ومظلوما لانه لاضرورة الى أداء هذه الشهادة على ملائمن الناس ويمكنه كفه عن الظلم بأخبار القاضى بذلك سرا الا اذا شهدوا على اقرار المدعى انهم فسقة أو شهدوا بالزور أو نحوه لانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وانما حكموا باظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصحرون فاسقين فثبت المشهود به وكذا الاقرار بما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضى على الازام لانه لا يرتفع بالتوبة (قوله ولهذا قلنا انه لو أقام البينة ان الشاهد عبد أو محدود فى قذف

(قوله أجيب بان من شرط ذلك في زماننا الخ) أقول فيه أن التقييد بقوله في زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية فى الزمان الاول وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كالاختفى فليست فى جوابه (قوله الا انه استثناء الخ) أقول فى نسخ الهداية الا اذا الخ فقول الشارح قوله

الا انه الخ ليس كما ينبغي لى الصواب أن يقال الا اذا ان قوله استثناء من قوله لان الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا ان يسمع القاضى البينة (قال المصنف وكذا لو أقامها على أنى صالحت) أقول لعل المراد بصالحات أعطيت الرشوة قد دفع ظلم والا فلا صلح بالمعنى الشرعى بينهما (قوله ولهذا قيل) أقول القائل هو الحاكم (قوله وليس له ذكر فى المتن) أقول والامر فيه بين أيضا فان المعلوماتية بالالزام تكفى فى ذلك لان تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرى بالذكر كيدل عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكر وايات يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول والاظهر أن يقال لما سمر من أن عدم سماع بينة الجرح المجرى بمعنى على هذين الدليلين قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لان الاصل هو القبول ولا مانع وانما قلنا لان لا يظهر ذلك لما لا يخفى بما فى تقرير الشارح حيث يدل على ان ما ذكره مبنى على ذلك الدليلين وليس الامر كذلك

أن يقول ولذلك وهذا السهل والمعنى إذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لأنه إثبات حق يدخل تحت الحكم من غير إشاعة فاحشة أما قوله أنه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو وضع حكمي أثره في سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضع أصول الفقه وأما قوله أنه محدود في قذف فلأنه تعالى به حكم وهو أكمل الحدود منه وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فإن قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب أن اظهار الفاحشة إذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت إقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرى أيضا للدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لأنهم اتدفع بان يقول لا قاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في إقامة البينة على ذلك اعتباران أحدهما أن يكون بجرع الشهادة وهو غير مقبول والثاني لإقامة الحد وهو مقبول (٤٩٧) ومن علاماته عدم التقادم وأما

اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالنهية كما إذا أقام البينة أن الشاهد ابن المدعى

أدبره قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أو همت بعض شهداني قال نعم الاسلام أي أخطأت بنسبان ما يحق على ذكره أو زيادة كانت باطلة بمعنى تركت ما يجب على أد أتيت بما لا يجوز لي فاما أن يقول ذلك وهو في مجلس القاضي أو بعد ما قام عنده عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما أن يكون عدلا أو غيره والمتدارك اما أن يكون موضع شبهة التلبس والتعريض من أحد الخصمين أو لا فإن كان غير عدل ردت شهادته مطلقا أي سواء قاله في المجلس أو بعده في موضع شبهة أو غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع شبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مشل أن يترك ذكر اسم المدعى

أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهداني فإن كان عدلا

أو على اقرار المدعى أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لأن منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقةم فإن الرق حق للعبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقةم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بانهم محدودون فإنها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم بانهم شركاء المشهود له إذا ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعينة والمراد أنه شريك مغاوض فهو حاصل من هذا المال الباطل كونه له فيه منفعة لأن يريد أنه شريك في المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به له ما وكلما اكل ما يشهدون به على اقرار المدعى بما نسبته الى شهودهم من فسقهم ونحوه ليس فيه إشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كالسمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بذنبه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم أنهم محدودون إنما هي منسوبة الى قضاء القاضي أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاص في الجرح المجرى أنه تقبل الشهادة به فتقبل في وجهه أنه يسقط العدالة فتقبل كالرق وأنت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاص بحمله على شهادتهم على اقرار المدعى ذلك أو أنه يجعل كشاهدز كاهنفر وجرحه ونحوه وقد تقدم في هذا ما عنيتم قد وقع في عدسور عدم القبول أن يشهدوا بانهم فسقة أو زناة أو شربة خمر وفي صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس جرحا مجرى التضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتناول (قوله) ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهداني أي أخطأت لنسبان) عراني زيادة باطلة بان كان شهدا بالف فقال إنما هي خمس مائة أو بنقص بان شهد بخمس مائة فقال أو همت

إذا كان فيه خصم ثم يثبت الجرح بناء عليه قلنا أنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد تقبل لأن الرق حق الله تعالى أو محدود في قذف لأن فيه إحياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة وأنه من تمام الحد أو شارب خمر ولم يتقادم العهد لأن فيه إحياء حق الله تعالى وهو الحد أو قاذف والمقذوف يدعى لأن فيه إثبات الحد وفيه حقان والمغالب حق الله تعالى أو شريك المدعى أي يشهد بمال مشترك فتثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة فإن قيل ينبغي أن يقبل الشهود في الجرح المجرى دلالة في معنى التزكية علانية قلنا في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعريض بهذه الاشاعة فكان عكسهم أن يخبر والقاضي بمال الشهود سرا فالسالم يفعلوا ذلك صاروا فسقة بإشاعة الفاحشة من غير أن يثبتوا بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا (قوله) ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت في بعض شهداني قيل معنى قوله أو همت في بعض شهداني أن يكون غاطا في المقدار أو

(٦٣) - (فحق القدر والكفاية) - (سادس) والمدعى عليه أو الإشارة الى أحد هما سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره وتدارك ترك لفظ الشهادة إنما يتصور قبل القضاء اذ من شرط انقضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشرط لا يتحقق بدون الشرط وأما إذا كان

(قوله) وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول ليكون إشارة الى بعده (قوله) أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى) أقول أو شارب أي ولم يتقادم وقوله أو سارق أي من المدعى عليه وقوله أو قاذف أي والحال أن المقذوف يدعيه وقوله أو شريك المدعى أي والمدعى مال قال المصنف (حتى قال أو همت بعض شهداني) أقول منصوب على نزع الخافض أي في بعض شهداني قال المصنف (قوله أو همت أي أخطأت) أقول الأولى حذف أي التفسيرية كالا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وإرادة العام لأن أوهم بمعنى اسقط (قال المصنف) وزيادة كانت باطلة (قوله) كانت باطلة صفة لزيادة

في موضع شبهة التلبس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسة ائة أو بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد أو لا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحقاق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسهل ذلك بقوله أو همت وبما بقي أو زاد عند آخر لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقررون باصلها واليه مال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله وهذا التدارك يمكن أن يكون قبيل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد ينبتى بئله لمهابة بمجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل اذا تداركه في أوانه) وهو قبل البراج من المجلس (وهو ٤٩٨) عدل وأما اذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل (لانه يوهم الزيادة من المدعى باطماعه

جازت شهادته) ومعنى قوله أو همت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد ينبتى بئله لمهابة بمجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل اذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أو همت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا تعلق الحق باصل الشهادة فصارت كلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع الغلة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلاً والظاهر ما ذكرناه والله أعلم

انما هي ألف (جازت شهادته) اذا كان عدلاً أي ثابت العدالة عند القاضي أو لا فسأل عنه فعديل (ووجهه أن الشاهد قد ينبتى به لمهابة بمجلس القضاء) اذ يوسع البشر النسيان وعدلته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لانه تمته استغواء المدعى في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل (وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود) بان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه (أو في بعض النسب) بان قال محمد بن علي بن عمران تداركه في المجلس قبل وبعده لا واذا اجازت ولم ترد فبإذا يقضى قبيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقاً للمدعى على المدعى عليه فلا يطل حقه بقوله أو همت ولا بد من قبده بان يكون المدعى يدعي الزيادة فانه لو شهد به بالف وقال بل ألف وخمسمائة لا يدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعي ألفاً وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول أو همت انما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن هل يقضى بالف أو بالف وخمسمائة

في الجنس أو في السبب ثم قبل يقضى بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقاً للمدعى على المدعى عليه ولا يطل بقوله أو همت وقبل يقضى بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسمائة بل هو خمسمائة يقضى عليه بخمسمائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كدونه عند الشهادة ولو شهد بخمسمائة لا يقضى بالف كذا هذا واليه مال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعد القضاء وقال أو همتا وهما غير متعين قبل ذلك منهما وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادة التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصالح قبل شهادته فيما بقي واذا كان لا يعرفه بالصالح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المسال أو غلطت أو نسيت فهو مثل قوله قد شككت (قوله وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود) بان يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي أو على العكس أو في بعض النسب بان يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلاً أي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده (قوله وهذا اذا كان موضع شبهة) قال في النهاية أي موضع شبهة

الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط) قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الاثمة فانه ألحق المحقق باصل الشهادة فصارت كلام واحد وهذا لو جوب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (اذا وقع الغلط في بعض الحدود) فذكر الشرقي في مكان الغربي أو بالعكس (أو في بعض النسب) كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلاً فان تداركه قبل البراج عن المجلس قبلت والا فلا (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه يقبل قوله في غير المجلس أي في جميع ذلك لان فرض عدلته ينفي توهم التلبس والتغريب (والظاهر ما ذكرناه) أولاً من تقديم ما فيه شبهة التغريب بالمجلس والله أعلم

(قوله بجميع ما شهد أو لا) أقول أي الغا وخمسمائة قوله وبما بقي أو زاد عند آخر (الخ) أقول والظاهر قبل هندی قول الآخر فان على قول بغض المشايخ يكون الشاهد مكذباً في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقاً ان المراد من قوله وبما بقي خمسة مائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول والظاهر أن يقال بعده (قوله وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الاثمة) أقول بل في الدليل الاول أيضا اشارة اليه بظاهر ذلك بالتأمل (قال المصنف وهذا اذا كان موضع شبهة) أقول أي شبهة التلبس وفي النهاية موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث

قيل يقضى بالكل وقيل بما يقضي فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمس مائة زيادة وانما
 هو خمس مائة يقضى بخمس مائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كدونه عند الشهادة
 وهو لو شهد بخمس مائة لم يقض بالف فكذا ان غلط واليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في
 جواب المسئلة جازت شهادته أى لا ترد لكن لا يقضى الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده
 وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان رجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعده وقالوا
 أو هما أو هما غير متعين قبل من حواطها هذا أنه يقضى بالكل وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم
 وقال شككت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهد
 ثم حدة وعن محمد اذا شهدوا بالدار للمدعى وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فافى لأضيقهم
 قيمة البناء وحده كولو قالوا شككنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء له وشهدوا عليه فعلم
 بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم في قوالهم شككنا قبل القضاء أو بعده في أنه يقبل اذا كانوا عدولا بخلاف
 ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظ الشهادة أو الإشارة الى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما فانه
 وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرطه وهو لفظ الشهادة والتسمية ولو قضى
 لا يكون قضاء * (فروع) * من الخلاصة وقف وقفنا على مكتب وعلى معلم فغصب فشهد رجال من أهل
 القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم اولاد فلا يصح أنه يجوز
 أيضا كذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشئ وكذا شهادة الفقهاء على وقفه وقف على مدرسة كذا واهم من
 أهلها تقبل وكذا اذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد والمسجد الجامع وكذا انباء السبيل اذا
 شهدوا أنه وقف لانباء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل وقال بعضهم منهم
 الامام الفضلي لا تقبل شهادة أهل المسجد وقال أبو بكر بن حاتم في جنس هذه المسائل تقبل على كل حال لان
 كون الفقهاء في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكتب غير لازم بل ينتقل وأخذ هذا مما سئل عنه من
 كلام الخصاص ولو شهدوا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود اولاد محتاجون في جوار الموصى قال محمد لا تقبل
 للامنين وتبطل للباقي وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفي وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على
 الوقف قلت وكذا ذكر الخصاص في أوقافه فبين شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على
 فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا اقواما مخصوصين ألا ترى أنه
 انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق ألا ترى أن رجلين
 فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فان
 الوقف ليس له ما باعناهم خاصة ألا ترى أن ولي الوقف لو أعطى الغلة فقيريهما من فقراء الكوفة كان جائزا
 وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة
 وذ كر قبل هذا باسطران شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهم جيرانه فشهادتهما باطلة وكان
 الفرق بينهما في هذه الصورة اذا جيرانه له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا أنه أوصى بثلثة للفقراء
 وأهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان
 خراج كل أرض مبيعا أو لخراج للشاهد تقبل وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنهم من قريتهم لا تقبل وكذا
 أهل سكة يشهدون بشئ من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفي النافذة ان طلب حقا لنفسه
 لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وكذا في وقف المدرسة على هذا في فتاوى التنسي وقيل ان كانت السكة نافذة
 تقبل مطلقا وفي الاجتناس في الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت انشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا
 التلبس من المدعى أو المدعى عليه فاما اذا لم يكن أى موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظ
 الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعى أو المدعى عليه أو ترك الإشارة الى المدعى والمدعى عليه
 وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر

(باب الاختلاف في الشهادة) تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها بما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً واختلاف انما هو بعرض الجهل والكذب فاحره وضعا للتناوب قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها للشهادة هو ان يتحدوا نواك وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ومساكنة ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب أحر وشهد ببيض أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق رقبة واتلاف ما فيه وشهد بان شق رقبة عنده أو ادعى (٥٠٠) عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالعربي منه أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولد له أو ادعى أنه عبده وولده

(باب الاختلاف في الشهادة)

قال: الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجد في ما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

لغيرهما ولو شهد أنه أوصى بثلثة لغيره بني غيرهم وهم ا فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئاً ولو شهد أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهم من قرابته وهم اغنيان يوم شهد أو فقيران لم تجز شهادته ووضع هذه الخصاص فيما اذا شهد أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهم من أهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتعرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة تجزى لثبوتها لأولادها وأولادها أولادها وأولادها أولادها

(باب الاختلاف في الشهادة)

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل بل الأصل الاتفاق لان الأصل فيما يتقرر عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تنفرد ا من روية كافي الغصب والقتل أو سماع اقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يثبتان فلهاذا أخره عالم يذ كرفيه خلاف (قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفها لم تقبل) لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لا تثبت حقيقة فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجد) الدعوى (فيما يوافقها) أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فانها لم توافقها صارت الدعوى بشي آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة

(باب الاختلاف في الشهادة)

(قوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط) قيد بحقوق العباد لانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل أحد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل أحد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعى مطالبته ما يشهد به الشهود فتقبل واذا خالفها لم يوجد من المدعى مطالبة ما يشهد به الشهود فلم تقبل ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجزى بحجة وهي شهادة المثنى فإلم يتحققا فيما شهدا به لا تثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرط عند أبي حنيفة فترجحه الله والمراد باتفاقهما اللفظ طابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهد أحدهما بالف والاخر بالعين لا تقبل الشهادة عنده كالأشهاد أحدهما بدراهم والاخر بدنانير وهذا لان لفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراى بالالفين غير ما يراى بالالف فلم يثبت واحد من الالفين لانه ليس على كل واحد من الالفين الشهادة واحدة فان قيل الالف موجود في الالفين قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت

ولده أو ادعى أنه عبده وولده الجارية الغلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى وأما الموافقة بين لفظيها فليست بشرط ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات

(باب الاختلاف في الشهادة)

(قوله والاختلاف انما هو بعرض الجهل) أقول وأيضاً الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد أي ملازمه وأيضاً الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب اذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتامل (قال

المصنف الشهادة اذا وافقت قبلت) أقول صدق الباب بهذا المسئلة مع أنما ليست من الاختلاف في الشهادة واعلم لكونها كالدليل لو جوب اتفاق الشاهدين ألا ترى أنهم لو اختلفا لم يثبت الدعوى والشهادة كالا يخفى على من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول في أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم ان الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص) أقول أي من له خلاصه كقوله تعالى فان الجنة هي المأوى (قوله أو ادعى شق رقبة) أقول فيه بحث (قوله وشهد بان شق رقبة) أقول أي من غير شقة (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف في الملك الذي هو إحدى مقولات العرض وليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة (قوله اما أن تقدمه) أقول الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلان القاضي نصب لفصل الخصومات

فلا بد منها ولا يعنى بالخصوص - إلا الدعوى وأما وجودها عند الموافقة فلم يرد ما به من التوكيد وأما عدمها عند المخالفة فلو جرد ذلك لأن الشهادة لتصدق الدعوى فإذا خالفتم فقد كذبتم فاصور وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم (٥٠١) وجود الشرط والثاني أنه عند المخالفة

تعارض كلام المدعى والشاهد في المخرج لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم بمساعده عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فإذا وجد فقد اتفق المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لأن وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الأصل في الشهود العدالة لا سيما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فربما جانب الشهود عملا بالأصل

فلا بد منها) أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا والأصوب أن يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى في حقوق العباد ولا يكون ذلك إلا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول كذا ذكره الشارحون وعندى الأولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من

واعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر فن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأه بسبب أنه تزوجها بغير كذا فشهدوا أنهم امنكحوه بزيادة تقبل ويقضى به المثل ان كان قدومها - أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هي المدعية ومنه إذا ادعى ملكا مطلقا أو بالتناجز فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتان لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية بخلافه بسبب يفيد الحدود والمطلق أقل من التناجز لأن الملك المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والنتائج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتناجز لا تقبل ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان ذلك السبب الارث لأن دعوى الارث كدعوى المطلق وهذا هو المشهور وقيد في الاقضية بما إذا نسبها إلى معروف سمها ونسبها أما لوجهه فقال اشترت بكذا وقال من رجل أوز يدوه وغير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلاصة وذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وعن هذا الخلفوا فيما إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له قلت كيف وفيه إبطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضه منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادى خلافا قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا في شرح الحيل للعلاوى فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الأئمة محمود الأوزجندى لا تقبل قال في المحيط في الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وعندى الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب جل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنه ببعض ما شهدوا به أولا ولو ادعى المطلق فشهدوا عليه بالآخر مع السبب تقبل ويقضى بالمالك الحادث كالمشهدوا به وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهدوا عليه بالآخر مطلقا لا تقبل كالمشهدوا به جميعا بالمطلق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وإذا أرغ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لافى دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرغ فشهدوا به بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للأشراء شهران فأرغوا شهر تقبل وعلى القلب لا ولو أرغ المطلق بان قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل * ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الغرور التي نذكرها دارى بدر جلين اقتسمها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مساعا فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهي باطله لانها أكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرا فقها فشهدوا أنهم له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوا الا اذا وفق فقال كنت بعد ذلك البيت منها فتقبل وفى المحيط نقلا من الاقضية قارب الغاضى للخصم إذا ادعى الملك للمحال أى فى العين فشهدوا أن هذا العين كان ماقى ضمنه ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه قال لا مرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه أنت بري لا يثبت شيء

تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فيثبت لا يرد البعث الثاني أصلا على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعى بشاهدين آخرين وأيضاً ما ذكره فى الجواب مخالف لما سبق فى مسألة الشهادة بالالف والخمسائة إذا ادعى المدعى الف حيث جعل سكوت المدعى عن الخمسمائة تكذيباً للشاهد وتغيباً عنه ولهذا لم تقبل فليتامل (قوله وعن الثاني أن قوله عملاً بالأصل) أقول مخالف لما سبقى من أن أكذب المدعى شاهداً تغيباً عنه فراجع

قد ملكه تقبل لانما اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المنزى بل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها
لا يجوز للقاضي ان يقول اسرو ملك روى دانيث انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان يقول تعلمون انه ملكه
اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادى فعلى هذا
اذا ادعى الدين فشهدوا انه كان له عليه دين كذا ينبغي ان تقبل كفى العين ومثله اذا ادعى انما روى فشهدوا انه
كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كما اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا باليد له في الماضي
لا يقضى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما سلفنا، وعن ابى يوسف يقضى بها
ونخرج العمادى على هذا ما في الواقع لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى
دينه ان شاهدى الاقرار يشهدان انه كان عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى
الدين وشهدوا انه كان عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما
يؤخذ من منعه احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احدهما دون الاخرى كيف وقد ثبت
بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضى
بشيء وسبب من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف انه قضاه خمسة ائمة لا يشهد حتى يقر بقضاه والله سبحانه
اعلم وعكس مانع فيه لو ادعى في الماضي ان هذه الجارية كانت ملكى فشهد ائمة انه اختف في قبولها
والاصح انم لا تقبل وكذا لو ادعى انه كان له وشهدوا انه كان له لا تقبل وانما تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه
هذه انما كانت له لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذا فائدة له في الاقتصار على الماضي الا ذلك
فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين اذا اسند ذلك لا يدل على نفيهم اياه في الحال لحوار قصدهم الى
الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهم به اذ لم يعلموا سوى ثبوته في الماضي وقد يكون انتقل فيحترز ان عنه وان كان
يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى المقر الجيدة وبين الوزن فشهدوا على المقر والوزن ولم يذكر
جيدة او رديئة او وسطا تقبل ويقضى بالردي بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة
أو مخول فشهدوا على غير المخول لا تقبل وفيها ان من ادعى على رجل الغنم ثمن بيت فشهدوا على الف من
ضمنان جارية بغصها وهما مكت عند لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهى ما اذا شهدوا بالف من
ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدا عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادة ثمنهما فقال في
الخلاصة وهو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اى اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان ثمنه في الاقرار تقبل
لمساكن في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك
لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كانه ان اخذته بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما
الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال
الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود
وهو استحقات مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهدا أحدهما به
والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضيان قالوا تقبل عند ابى يوسف ولو ادعى
قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه ثبت قبضه كالثبوت على البيع فان
الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذى اليد انه قبض بجهة الامانة
فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعى ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهدا أحدهما به والآخر بالاقرار أنه
قضاه لا تقبل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله
لا تقبل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالى جلا بغير حق
مثلا ذكره وقيمتها فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل
قبضت منى فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط
وان اتفقا في المعنى وفيما اذا شهدا أحدهما بالالف والاخر بالالفين ان وقع الدعوى في ألفين بان كان في

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين بشرط قبولها كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في أنهما شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها باختلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع الاختلاف ولهذا إذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة وأما الاختلاف في حيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وتوجزاه (فإن شهد أحدهما بالف والآخر بالعين لم تقبل عنده وقال تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى العين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما) أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتغرد أحدهما بالزيادة) وكل ما هو كذلك ثبت فيه الاتفاق عليه دون ما تغرده (٥٠٣) أحدهما كما إذا ادعى ألفاً وخمسة مائة

وشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسة مائة على ما سيجي (ولابي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظاً) لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ

افسراداً وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة (١) وان شئت بالتثنية فإن الألف لا يعبر به عن الألفين لاحقيقة ولا بجاز أو الالفاظ لا يعبر بها عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاماً مبيناً لكلام الآخر

(قال المصنف ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ) أقول المراد منه تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلا يضر تخالف اللفظ إذا اتحد المعنى كفي الهبة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول في العموم بحث فإن موافقة

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة) فإن شهد أحدهما بالف والآخر بالعين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتغرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما جتمعها عليه دون ما تغرده أحدهما فصار كالألف والألف والخمسة مائة تثنية ولا يبي حنيفة تزجده الله أنهما اختلفا لفظاً وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين

القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طبق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وإنما قيد الاشراف بحقوق العباد احتراماً عن حقوق الله سبحانه فإن دعوى مدعى خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في إثباته وذلك الشاهد من جهة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الواجب عليه وشاهد من جهة تتحمل ذلك فلم يحتج فيه إلى خصم آخر (قوله) ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ (أي بشرط التطابق بين كل من الشاهدين كجيبين الشهادة والدعوى أيضاً لو جوب القضاء) ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على إفادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فإن شهد أحدهما بالف والآخر بالعين لم تقبل) فلم يقض بشيء (عند أبي حنيفة) وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين) بخلاف ما لو كان يدعى ألفاً لا يقضى بشيء اتفاقاً لأنه أكذب شاهد الألفين إلا أن وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً وأمر أنه من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالألف وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة ومائتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلاً عنده وعندهما يقضى بالاثقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بان كان في كيس ألفاً درهم فشهد أحدهما أن جميع مافي الكيس وهو ألفاً درهم له وشهد آخر أن جميع مافي الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادته لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره لجازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمه الله ثم في رواية عن الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالخلف عليه (لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتغرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما جتمع عليه دون ما تغرده أحدهما فصار كالألف والألف والخمسة مائة) حيث اتفقا على أنه يقضى بالألف لذلك وهو أنهما جتمعاً على الشهادة به (ولابي حنيفة تزجده الله أنهما اختلفا) في لفظ غير مرادف (لأن الألف لا يعبر به عن الألفين) ويلزمه اختلاف المعنى فأما كيسة ألفاً درهم فشهد أحدهما أن جميع مافي الكيس له وهو ألفاً درهم وشهد آخر بان نصف مافي الكيس

الشهادتين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيجي في مسألة مرفقة بالبقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الامام النعماني هناك وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجي في المبسوط وصرح قاضيان نعم للشارح ترد فيه (قوله) وأما اختلافه بحيث إلى قوله بالتضمن) أقول كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته اطلاق التضمن ههنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لأن ما أنواع عندهم على ما عرف في موضعه انتهى فأقول في قوله نوعان عندهم بحث قال المصنف (وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول فيه إشارة إلى أن المعبر عنه هو الاتفاق في المعنى واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل إلا عنده فتدبر (قال المصنف وهذا لأن الألف لا يعبر به الخ) أقول وأيضاً أن شرط الشهادة خالف الدعوى كالألفين وهو اسم لعدم معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الألف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى

(وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد أحدهما بكونه بكرة وشعره بالآخر بكرة حنطة فبطل ذكر في المبسوط إذا ادعى ألفين وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبهما بين الشاهدين في الجواب أبي حنيفة عن ذلك وأوجب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراط بين الشاهدين فإنه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقراء به قبلت ولو شهد أحدهما بالشاهد بالغب والآخر بالاقراء به لم تقبل ولقائل أن يقول قد تقدم في تلقين الشاهد إذا كان في موضع التهمة بان ادعى ألفا وخمسائة وأنكر المدعى عليه خمسائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل أنه أبرأه عن خمسائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كإلحاق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التناقض فالحق في الجواب لأبي حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط (٤. ٥) على ما إذا وفق الشهادة بدعوى الإبراء أو الأيغاف ولا يلزم أبدا حنيفة ما إذا قال لهاز وجها

طابق نفسه ثلثا فطلقت

واحدة كان ذلك منها جوابا
فرقت واحدة ولا ما إذا قال
لها أنت طالق ألفا فإنه يقع
ثلاث لأن الأكثر في ذلك
ثابت فيضمن الأقل وليس
فيما نحن فيه كذلك

بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال
(هما) أي الألف والألفان (جملتان) أي عددان (متباينتان) حصل على كل واحد منهما شاهد وصار كما
إذا اختلف جنس المال) بان شهد أحدهما بكونه بكرة وشعره بالآخر بكرة حنطة أو بعمارة بيضاء والآخر بعمارة سود
والمدعى يدعي السود لا تقبل على شيء أصلا لأن المدعى كذب شاهد البيض الآن يوفق المدعى فيقول كان لي
البيض فأبرأته من صبغة الجوده فتقبل حينئذ ما لو كان يدعي البيض ولها مزية فانه يقضي بالسود ولم يكو
خلافا ذكره في الخلاصة عن الأفضية وكذا لو شهد المدعى بكونه حنطة وقال أحدهما بجوده وقال الآخر رديئة
والدعوى بالأفضل يقضى بالأقل وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما انيسابور وقال الآخر بخاريه والمدعى
يدعي انيسابور وهي أجود يقضى بالبخاريه بخلافه ينقل ويحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة وهو
أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كل واحد منهما شاهد بالف والآخر بالف وخمسائة فإن قيل لم يقع جواب
قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف في ضمنهما فاجبة علمهما وتفردهما أحدهما بالزيادة فلا يقبل أوجب بانه
ما شهد بهما إلا من حيث هي جزء الفين فأنما ثبتت الألف في ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لا يثبت بدون
المتضمن ولم يثبت الألفان فلم يثبت الألفان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق
مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط على قول الكل وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية
والآخر أنت بريئة لا يقضى ببينونة أصلا مع أقدم ما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضار كما
لو شهد أحدهما بالهامة والآخر بالعطية فتقبل أوجب عن الأول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط
لكن ليس على وزان اتفاق بين الشاهدين لأن الذي ادعى الغصب أو القتل فشهدوا باقراره به تقبل ولو
شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وخينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه
لما كان يدعي ألفين كان مدعى الألف وقد شهد به اثنتان صريحاً فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والألفين
لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هي ألفان ولم يثبت الألفان وفي المبسوط والأسرار الذي يبطل
مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلاقة يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم
رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبر ما قال ان الواحدة

(قال المصنف فصار كما إذا
اختلف جنس المال الخ)
أقول ولا يخالف الشهادة
فيها الدعوى كالألف
والجنس سمائة اسم لعدد
ألا يرى أنه يعطف أحدهما
على الآخر فكان كل
بانفساره داخل تحت
الدعوى فالشهادة القائمة
عليها تكون قائمة على كل
واحد منهما تصود فإذا
شهد أحدهما بالف فقد
شهد بأحد العددين الداخلين
تحت الدعوى فحصلت
الموافقة في عدد الألف تامل
(قوله لاحقة لا يجازا)
أقول مسلم ألا يرى أن قوله
فقال بك من ذكرى حبيب

له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه (قوله بل هما جملتان
متباينتان) أي كاهتان متباينتان وتسميته بجملة لأن مدلول كل واحد منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الآخر

ومنزله (قوله ذكر في المبسوط إلى قوله وأوجب) أقول ذكر قاضيان في فتاواه ان كان المدعى به دين فشهدوا باقراره ما قال

ادعاء المدعى نحو ما إذا ادعى ألفا وخمسائة فشهدوا بخمسائة من غير دعوى التوفيق وكذا لو ادعى ألفا وخمسائة يقضى
بخمسائة ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بالف والآخر بخمسائة لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة لأن عند اتفاق الشاهدين على المشهود
به شرط ولم يوجد بخلاف ما تقدم لأن ثمة اتفاق الشاهدين على خمسائة والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل
شهادتهما على الخمسائة بغير توفيق اه (قوله وجوب الموافقة الخ) أقول الواو للعالية (قوله ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول قبيل
باب الحبس في كتاب القاضي (قوله أنه لا يجوز با: اتفاق) أقول أي التلقين إذا السكام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التناقض وجوابه
ظاهر فانه إذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكرن التلقين غير جائز كما لا يخفى (قوله فوقعت واحدة) أقول
وذلك ليكون الثلاث صارت في يدها مع بعضها كمن ملك عبدًا ثلاث رجلاه ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخري بالف وخسمائة والمدعى يدعي ألفاً وخسمائة قبلت الشهادة على
 (الالف) لا اتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى لأن الالف والخسمائة جتان عطف أحدهما على الأخرى
 والعطف يقرر الأول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر
 توجد في الثلاث كان الضمان عليهم أجمعاً ولا يلزم ما إذا قال لها طلق نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة تقع الواحدة
 لأن التفرع يفسد تملكك فقدم لكها الثلاث بالتفرع يفسد البها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كإلوانها ألفاً
 يقع الثلاث المسكة العدد غير أنه لغام فوق الثلاث شرعاً وأما عن الثاني فبمعنى الترادف لأن معنى عليه ليس معنى
 برية لغة والوقوع ليس الإباحة ومعنى اللغة وإذا قلنا ان السكتيات سواء لم يحققنا فيها لفظاً متباينان
 لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البيئونة والمتباينان قد
 تشتركا في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلاف تحملهما
 فان هذا يقول ما وقعت البيئونة لا بوصفها بخليصة والآخري يقول لم تقع لا بوصفها ببرية والالف لم تقع البيئونة
 هذا كله اذ لم يدع المدعى عقداً ما ان ادعى المال في ضمن دعوى العقد من البيع والاجارة فالجواب ما سألناه
 في آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاص ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكره لولم يذكر
 خلافاً بل أشار الى أن اتفاقاً فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أو على أن لا يذلت
 غاتها وشهد الآخر أن لا يذلتها قال أبو بكر لم يذلتها الذي أجمعنا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سعى
 أحدهما مالاً لزيد من هذه الصدقة والآخري أقل منه أحكم لم يذبحاً أجمعنا عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال
 يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسمى عياله بالعرف وقال الآخري يعطى ألفاً قال أقدر
 نفقته وعياله في العام فان كانت أكثر من الالف حكمت له بالالف والآلف أكثر أعطيت نفقته والباقي
 للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أو رد على نفسه فقال قلت فلم أخز هذه الشهادة
 وقد اختلفنا في لفظهما قال المعنى فيه أنه انما أراد الواقع الى أن لا يذبح بعض هذه الغلة فاجعل له الأقل انتهى
 فأراد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار الى أن اتفاقاً فان اراده ليس بالإعتبار قول أبي حنيفة وقوله
 وقد اختلف لفظهما صريح في نفسه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا
 استحقة بعض هذا المال وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يتخلو عن نظره (فروع) * ادعى بالمبيع
 عياف شهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقراره بالبائع به لا تقبل كالأدعي عينا أنه له
 فشهد أحدهما أنه ملكه والآخري على اقراره باليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بعيانه
 القبض والآخري على اقراره بالرهن بقبضه لا تقبل قال طهري الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعه لو ادعاهما
 فشهد باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بالمال والآخري بالافقار بهما لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس
 القرض تقبل بخلاف ما ادعى أنه باع ببيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخري أن المشتري أقر
 بذلك تقبل للموافقة لأن البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صدقاتها فقال وهبتي اياه فشهد
 أحدهما على الهبة والآخري على الراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف
 لأن الراء اسقاط والهبة تملك الأول وأوجه لانه وان كان اسقاطاً يتضمن التملك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد
 على اقرار المدعى عليه أن المرعي به في يده والآخري أنه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى داراً فشهد أنه اداره
 والآخري على اقراره باليد أنه لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخري على اقراره به تقبل
 بخلاف ما لو شهد أنه جاريته والآخري على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخري أنها
 كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخري أنها كانت في يده واذا راجعت القاعدة التي تذكرها من الفرق بين
 اختلاف الشاهدين في القول والفعل خرجت كثيراً من الفروع والله سبحانه العليم (قوله) وان شهد أحدهما
 بالف والآخري بالف وخسمائة قبلت الشهادة على ألف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لا تخالف اتفاقاً على
 الالف لفظاً ومعنى وانما أحدهما بالشهادة ببجمله أخرى منصوص على خصوص كونه لا يدعى في الشهادة

لأن الأكثر يشهد به ولا
 ولا يثبت به شيء فاف
 (واذا شهد أحدهما بالالف
 والآخري بالف وخسمائة
 الحج) ولما تقدم أن اتفاق
 الشاهدين في الالف
 والمعنى شرط القبول (ا)
 شهد أحدهما بالف والآخري
 بالف وخسمائة والمدعى
 يدعى الأكثر قبلت الشهادة
 على الالف لا اتفاق الشاهدين
 عليها لفظاً ومعنى لأن الالف
 والخسمائة جتان عطف
 أحدهما على الأخرى
 والعطف يقرر الأول ونظيره
 عليه) واذا شهد أحدهما
 بالالف والآخري بالف وخسمائة
 المدعى يدعى الأكثر
 اذا ادعى الأقل

(قوله) لأن الأكثر في ذلك
 ثابت) أقول ان أراد ثابت
 لفظاً ففي محل النزاع كذلك
 أو حكماً ففيه بحث اذ ليس
 في الشرع ألف طلاد

وقال (لم يكن لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة) لتكذيبه المدعى في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في البعض فيا بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما يقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر في بعض ما أقربه أجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة لافاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط تفسيقه لا يبطل الاقرار (قوله وكذا اذا سكنت) يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشيء (لان التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا الوفاق كان أصل حتى ألغاو خمسة واثني عشر استوفيت خمسة واثني عشر منها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالمين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق (٥٠٦) والتوفيق أو يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر قال (واذا شهد

بالف وقال أحدهما قضاة

لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسائة باطلة) لانه كذب المدعى في المشهود به وكذا اذا سكنت الاعن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حتى ألغاو خمسة واثني عشر استوفيت خمسة واثني عشر منها قبلت للتوفيق قال (واذا شهد بالف وقال أحدهما قضاة منهما خمسة قبلت شهادة بالالف لا تقاها عليهما ولم يسمع قوله انه قضاة لانه شهادة فرد الا أن يشهد معه آخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاة خمسة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف قبل خمسة لا غير أجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقض العين مكان الدين الذي هو غيره فمكان قوله قضاة منها خمسة فشهادة على المدعى ببعض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمس مائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسة واثني عشر وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا تقاها عليهما يعني بعد ثبوت

بالالف كل واحد شهد أحدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعى الالف وسكت عن التوفيق لم يقض شيء لانه كذاب لشاهد الالف وخمسائة ظاهرا لان السكوت في موضع البيان بيان الان وفوق فقال كان حتى ألغاو خمسة مائة قضاة في أو برأته من خمسة مائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريح لا يحتمله بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لي الا الالف لانه كذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشيء (قوله واذا شهد بالف وقال أحدهما قضاة منهما خمسة قبلت شهادة بالالف لقبول شهادتهما عليهما ولم يسمع قوله انه قضاة لانه شهادة فرد) بسقوط بعض الحق بعد ثبوتها فلا تقبل (الا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف رحمه الله في غير المشهور عنه) أنه يقضي بخمس مائة فقط (لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسة واثني عشر وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا تقاها عليهما يعني بعد ثبوت

(قوله فلا بد من التوفيق) هذا جواب الاستحسان والقياس أن تقبل لامكان التوفيق (قوله وجوابه ما قلنا) وهو قوله لا تقاها عليهما (قوله قلنا هذا كذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول) بيانه ان الشاهد ان اذا شهد الانسان بماله ثم شهد عليه بماله لانسان آخر فكذبهم المشهود عليه الذي هو المشهود له أولا يقضى له بما شهد به وان كان هو يغسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تفسيق عن اضطرار والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له في المائة دينار تقبل شهادتهما على ألف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته ولو شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم الخميس وكذا شهد آخران انه قتله يوم الخميس بالكوفة واجتبعوا عند الحاكم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعنق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة

بغير يق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبته قرب الدين غير من خمسة مائة فلم يكن الدين الا خمسة مائة فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والاخر بخمس مائة وفي ذلك يقضى بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الآن محمدنا الله ههنا لان ذلك فيما سكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اه (وجوابه ما قلنا) انهما متفقان على وجوب الالف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو وجوب لامحالة وعرض بان المدعى كذب من شهد بقضائه خمسة مائة وتكذيبه تفسيق له وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيبا

(قوله مكان الدين الذي هو غيره) أقول الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا انهما متفقان على وجوب الالف) أقول لمن أريد أنهما متفقان على وجوب الالف الآن فسلم أن أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الاول فان قضاء الدين اذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى والمراد من كون القضاء تلوا الوجوب ترتيبه عليه ترتيبا ذاتيا لا زمانيا فليست امل

قال (و ينبغي للشاهد) اذا علم بذلك (أن لا يشهد بالف حتى يقر المدعى أنه قبض خسمائة) كي لا يصير معينا على الظلم (وفي الجامع الصغير جلان شهيد على رجل يقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتقردهما بالقضاء على ما بينا و ذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا كذاب في غير

(قوله و ينبغي للشاهد)
يعني أن الشاهد بقضاء
خسمائة اذا علم بذلك ينبغي
أن لا يشهد بالف حتى يقر
المدعى أنه قبض خسمائة
كي لا يصير معينا على الظلم
بعله بدعواه بغير حق (وفي
الجامع الصغير وجلان
شهيد على رجل يقرض ألف
درهم فشهد أحدهما أنه
قد قضاها فالشهادة جائزة
على القرض لاتفاقهما
عليه وتقردهما بالقضاء
والفرق بين مسألة الجامع
الصغير وبين ما ذكر
قبلها في مسألة الجامع
شهيد أحد الشاهدين بقضاء
الدين كله وفيما قبلها شهد
ببعضه (و ذكر الطحاوي
عن أصحابنا أنه لا يقبل وهو
قول زفر لأن المدعى أكذب
شاهد القضاء) وهو تفسيق
له (قلنا هذا كذاب في غير
قال المصنف و ذكر الطحاوي
عن أصحابنا أنه الخ) أقول
والاشهر أن يكون هذا
قول أبي يوسف

الألف باتفاقهما شهيد واحد بسقوط خسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاها
أيها بعد قرضه فإنه يقضي بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء و ذكر
قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية فإنه أكذب من المدعى فهو كالمو قسعه وجه الظاهر ما قدمنا من
أنهما اتفقا وتقردهما إلى آخره ولا يلزم من الأكاذب التفسيق لجواز كونه تغليطاً له (قال القدوري
(و ينبغي للشاهد اذا علم بذلك) أي بقضاء الخسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقبضها) لأنه لو شهد فاما
بالألف ثم يقول قضاها منها خسمائة وعلمت أنه يقضي فيها بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة
يثبت اختلافهما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة
فيضيع حق المدعى فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذي سقط عن المدعى
عليه والمراد هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم أن
لغلان عليه كذا فبعد مدة جاور جلان أو أكثر القوم فقالوا الاتشهاد على فلان بذلك الدين فإنه قضاها كله
فالشهود بالخيار إن شاءوا امتنعوا عن الشهادة وإن شاءوا أخبروا والحاكم بشهادة الذين أخبر بهم والقضاء فان
كان المخبرون عدولا لا يقضي القاضي بالمسألة هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد
عندهم واحد لا يسمعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضر وأبصر رجل أو نكاحه أو قتله فلما أراد أداء
الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثاً أو قبيل عايناً امرأة أو أرضه ثم ما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه
أو عفا عنه الولي أن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسمعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف
فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك فأكبره عدلان أن المالك للثاني لا يسمعه أن يشهد بالملك للآخر ولو
أخبراه أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما هذا وانما نص على مسألة الجامع
بعد مسألة القدوري لأنه قد يتوهم أن تغريها على أعلى رواية أبي يوسف التي نقلها يقتضي أنه لو شهد
أحدهما بالف فقال أحدهما قضاها أيها أن لا يقضي بشيء على رواية أبي يوسف فذكرها للاعلام
بالفرق وقيل لأنه قد كان لائق أن يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال
متقدماً لأن في المسألة الأولى للشاهد أن يقول أنا لم أسمع الشهادة واحتاج إلى الخرج منها وقد
قضاء خسمائة وليكني أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر ساقضي له بالألف
أما في مسألة الجامع فالشاهد يذ كر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أدائها فشهدا في باطله فلا يقضي
بالألف فرواية الجامع الصغير أزال هذه الشبهة وأثبت جواز الشهادة واستروح في النهاية فقال
الفرق بين مسألة الجامع والمسألة التي قبلها أن في مسألة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المدعي كل

والكفالة والنجوة والقذف تقبل وإذا اختلفا في الجنابة والنصب والقتل والنكاح لا تقبل والأصل
أن كان المشهود به قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لأن
القول مما يبعد ويكرر وإن كان المشهود به فعلاً كالنصب ونحوه أو قولاً لكن الفعل شرط صحته
كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في المكان أو الزمان يمنع القبول فان
الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلاف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
إذا اختلف شاهدان القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل شهادتهما وإن كان قولاً لأن كل واحد منهما كان
إنشاء فلهما غيران وليس هلى كل قذف شاهدان وإن كان أحدهما إنشأ والآخر أخباراً فلهما لا يثبتان لأن
الإنشاء أن تقول زنيبت أو أنت زان والأخبار أن يقول قد قذفتك بالزنا أو بغيره فترجمه أنه يقول يحتمل أنه سمع

المشهد به الاول وهو القرض) (٥٠٨) لانه كذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لاحتماله ومثله ليس بمائع كالمشهد

المشهد وبه الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احدهما كاذب بيقين وليست احدهما باولى من الاخرى (فان سبقت احدهما وقضى ما ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بهما فلا تنقض بالثانية (واذا شهد اعل

الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله واذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما فلا ولم يجتمعا بل شهدا أنه قتل بمكة فقضى بهما ثم شهدا آخران أنه بالكوفة فانه يقتسل المشهد عليه أما الاول فلكذب احدهما بيقين ولاولى به فلا قبول وأما الثاني فلا لاولية باتصال القضاء الصحيح به فانه حين قضي بالاول لا معارض لها الا ذلك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة شئت في ثيابه فحرقى وصلى في أحدهما ثم وقع طنسه على طهارة الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلته لانه في الاول لانه ثبت بنحر به الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجب فيه فلا يؤثر النحر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال أحدهما قتل بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل وكذا ان شهد بالقتل والآخر بالقرار به لا تقبل لاختلاف المشهد به لان القول غير لفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما انصاب وكذا الضرب الواقع أمس وبذلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكم لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول ليخمد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والحنانية مطالعة والغضب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالتسكع المشروط فيسه احضار الشهود واختلافهما في الزمان أو المكان أو الانشاء والاثار يمنع القبول لما ذكرنا اذا المراد بالانشاء والاقراء ذكر ان انشاء الفعل والاقراء به مثاله ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقراء به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما شؤ من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعناق والوكالة والوصية والرهن والاقراء والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول بما يكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض يحمله على قول المقرض أقضيتك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل أنهما ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بالاتار يخرج حول على الحال والمدعى يدعى الفعل في الماضي والفعل في الماضي غير في الحال كولو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذان غير توفيق لان المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ وقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من المنفعل القبض * ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لانه قول ولو ادعى التسكع أول من أمس فشهدوا به أمس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كما مذهبنا وقال الشافعي وأحمد في ظاهر روايته اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في السكك الا اذا شهدا به طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقرب بها لاني يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلغا في الزمان أو المكان قبلت وكذا لو شهدا أحدهما بالبيع والشراء والآخر على اقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهد به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت فسا لها القاضي فقال لا نعلم ذلك تقبل لانهم لم يكفيا حفظ ذلك (قوله واذا شهدا الخ) صورهما ادعى على رجل أنه سرق له بقره ولم يذكر أحدهما لانشاء والآخر الاقرار أو كلاهما الاقرار وثبت عندهما فقد فقهما شهدا به (قوله واذا شهدا على

عليه لشخص آخر قبل أن يشهد له فأكذبهم وحاصله أن كذاب المدعى لشهوده تنسيق له لكونه اختياريا وأما كذاب المدعى عليه فليس بتنسيق لانه اضرورة الدفع عن نفسه قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة وآخر ان بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذب بيقين اذا عرض الواحد ادعى القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى (فان سبقت احدهما وقضى بهما ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بهما فلا تنقض بما ليست مثلهما) قال (واذا شهدا على

(قال المصنف ومثله لا يمنع القبول) أقول والمفهوم من كلام قاضيان انه انما لم يمنع اذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله الى قوله تنسيق له) أقول الظاهر أن يقال تنسيق لهم (قوله فليس بتنسيق) أقول أي حكما رقبه قد ذكرنا ان اختلاف الخ

أقول أي علم بما ذكرنا التزاما قوله فاذا شهدا على

رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن الاختلاف في لونهما في الكيف يمنع القبول فإذا شهد على رجل بسرقة بقرة (واختلفا في لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالخمر والسودا أو لا كالسودا والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح وقيل إن كانا يتشابهان قبلات والافلاوان اختلغا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقال لا يقطع في الوجهين جميعا لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما انصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كل واحد منهما باغصب والمسئلة بحالهما فلم تقبل بالافتقار بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لسكونه مما يندري بالشبهات وفيه اتلاف نصف الأدعي فصار كالدكورة والانوثة في المغايرة (ولابي حنيفة رحمه الله أن) (٥٠٩) التوفيق يمكن لأن التحمل في الليالي

من بعد) ليكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالخمر والصغرة (أو يجتمعان) بأن تكون بقاء أحد جانبيها أسود ويصير أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر وإذا كان التوفيق يمكن لأوجب القبول كما إذا اختلفا في الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال لا ثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدركه لا ثباته والثاني أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصرح به فيما ثبت بالشبهات فكيف يعتبر مكانه فيما يدبرها والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالا لا ثباته أن لو كان في اختلاف ما كفاية له وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة

رجل الخ) أقول هذا لا يتفرع على ما فرغ عليه فإنه إذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع الآن يقال ضمير اختلافهما راجع

رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقطع في الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسودا والخمر لا في السودا والبياض وقيل هو في جميع الألوان إجماعا لأن السرقة في السوداء غير في البيضاء فلم يتم على كل فعل انصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالدكورة والانوثة وله أن التوفيق يمكن لأن التحمل في الليالي من بعد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحدة فيكون السوداء من جانب وهذا يصير لهالونا وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقة جراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل ويقطع وقالوا هم والأئمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المروق من نفسه عين لونا كجرأ فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما إذا لم يعين لونا بين كون اللونين الذين اختلفا فيهما من مقاربتين كالسودا والخمر أو متباعدتين كالبياض والسودا في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدتين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المتوسط والظاهر يتوعد على الخلاف المذكور ولو ادعى سرقة ثوب معلقا فقال أحدهما هروى والآخر مروى واختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعا لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقليل نأمل إجماعا أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كل واحد اختلفا في ذكوره أو أنوثتها أو في قيمته لا تقبل كذا هذا وأيضا بطريق الدلالة في الغصب فإنما لو شهد على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء وأجرأ والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها إثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حد أولى لأن الحد أعسر أثباتا فإنه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من أنه لا يثبت باقل من أربعة فليس بمسافيه الكلام أعني السرقة بل يخص الزنا ولا يبيح حنيفة أن يجرد

رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع) إلى قوله وقال لا يقطع وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط وأما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالإجماع لأنه كذب أحد الشاهدين (قوله وصار كالغصب بل أولى) لأن أمر الحد أهم أي الحد أعسر في الإثبات من الغصب لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلم يثبت الغصب بهذه الشهادة أولى أن لا يثبت الحد (قوله وله أن التوفيق يمكن) إلى قوله واللونان يتشابهان أو يجتمعان فإن قيل هذا احتيال وطلب توفيق لا ثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدركه لا ثباته قلنا إن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهم مالم يكافئاه فصار كما إذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهم يكافئان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصابا فاما اللون فلا وإذا لم يكن القطع مضافا إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاختبار به لا لإثبات إحياء الحقوق بقدر الإمكان والتوفيق يمكن وبهذا تبين أن الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فإن قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين تسمى بقاءه لاسوداء ولا بيضاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين أماني حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده ذلك اللون (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشبهه) أي الوقوف على صفة

إلى الشاهد والمدعي إلى الشاهدين لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول الأولى حذف كلمة كل (قال المصنف لأن أمر الحد أهم) أقول له من المهمة أو من المهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال الخ) أقول في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لا يجاب الحد والحد يحتمل لدركه قلنا الشهادة من حجج الشرع والأصل في حجج الشرع قبولها لا ردّها فاشتغل بالتوفيق صيانة لا من جهة عن التعطيل لا لإيجاب الحد ثم إذا وقفنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصد الانتهاء ولعل هذا الجواب وجه

المسروق ليعلم هل كان نصاباً مقطوع به أولاً وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفنا قوله كونه ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس
احتمالاً لاثبات الحد لما كان ثبوته بدونه ألا ترى أنهم لو سكتا عن بيان كون المقر ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم
يكلفنا نقله إلى مجلس الحكم بخلاف (٥١٠) المذكورة والاثوثة فأنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان

والبياض من جانب آخر وهذا لا يخفى شاهد بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكر
والاثوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشبهه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى
عبد من فلان بالف وشهد آخر أنه اشتراه بالف وخمس مائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود اثبات السبب وهو
العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلاف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد

شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصاً ثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما
ليس من نفس المشهود به وهذا لا ينافي ما يكلفنا علم لو علموا قولاً لا يعلمون لا تسقط شهادتهما ويجب
الحد واختلافهما في أمر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كالأختلاف في ثياب السارق فقال
أحدهما سرقتها وعليه ثوب أحر وقال الآخر أبيض فأنه يقطع وكلوا اختلافهما في مكان الزنا من البيت فقال
أحدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فأنه يحدو على هذا فلا حاجة في قبولها إلى التوفيق كلفهما
العلامة السر خسي غير أن اتبعه بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالباً بالليل ونظر الشاهد إليه من
بعيد وذلك سبب اشتباه اللون إذا كانا متقاربين كالسواد والجرى وقد يجتمعان وإن كانا متباعدين في البلقاء
فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الأمرين فعلى الأول والثاني إذا اختلفا في المتقاربين
وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فأنه يقع نهراً فلا اشتباه فيه وبخلاف المذكورة والاثوثة
لأنهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصاباً أو لا وأن ذكره المذكورة دليل على أنه رآه
من قريب وتحقق بحيث لا يشبهه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وإن كان في زيادة فقد شغبها
على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطاً لاثبات الحد كما يمكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزمان
البيت بأنهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان إلى مكان احتياطاً لاثباته ولأن وجه قولهما أدق وأحق
من قوله كما ظنه صاحب الأسرار وما قيل أن التوفيق لاثبات الحقوق واجب في فعل ثم يجب الحد حينئذ
ضرورة ثبوت السرقة حينئذ لم يصح منع وجوبه مطلقاً بل إذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد
لرجل الخ) صورته على ما في الجامع في الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بالف وخمس مائة فينكر البائع
البيع فيقيم عليه شاهد بالف وشاهد بالف وخمس مائة قال يعني بأحذيق ترجمه الله هذا باطل إلى آخر ما
هناك فقد نطن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف
وخمس مائة والمدعى يدعى ألفاً وخمس مائة قضى بالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل في شيء
ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمس مائة فلا يد من بيانه وهو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا
دعوى العتق ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولأنه لو كان المقصود الدين لم يتجوز إلى ذكر
السبب وإذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض
أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً

المذكورة والاثوثة لا يكون إلا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشبهه فلا حاجة إلى التوفيق (قوله لأن المقصود
اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن) فإن قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما أن الأسباب
لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصوداً قلنا الحكم مقصود في حق
الانتفاع حتى إذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه أنه باي سبب ثبت هذا فإن الشهادة بالملك المطلق صحيح

اختلافاً في صلب الشهادة
وعن الثاني بأنه جواب
القياس لأن القياس
اعتباراً لما كان التوفيق أو
يقال التصريح بالتوفيق
يعتبر فيما كان في صلب
الشهادة وأما مكانه فيقال يمكن
فيه هذا والله أعلم بالصواب
(قوله بخلاف الغصب)
جواب عن مسألة الغصب
بأن التحمل فيه بالنهار إذا
العصب يكون فيه غالباً على
قرب منه وقوله (والذكرورة
والاثوثة) جواب عما
استشهد به من الاختلاف
بهما فأنهما لا يجتمعان في
واحد وكذا الوقوف على
ذلك بالقرب منه فلا يشبهه
ليحتاج إلى التوفيق قال
(ومن شهد لرجل أنه اشترى
عبد فلان بالف الخ) رجل
ادعى على آخر أنه باعه هذا
العبد بالف أو بالف
وخمس مائة وأنكر البائع
ذلك فشهد شاهد بالف
وآخر بالف وخمس مائة
فالشهادة باطلة لأن المشهود
به مختلف إذا المقصود من
دعوى البيع قبل التسليم
اثباته وهو يختلف باختلاف
الثمن إذا اشترى بالف غيره
بالف وخمس مائة واختلاف
المشهد به يمنع قبول
الشهادة فإن قيل لا نسلم أن المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه

ولأن

الشهادة فإن قيل لا نسلم أن المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه

بكتاب الحدود فراجع (قوله والثاني أن التوفيق وإن كان الخ) أقول كما سلف في الدرس السابق (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه)
أقول إذا كانت الشهادة بالذكرورة والاثوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لأن التحمل في الليل إلى من بعيد
قال المصنف على كل واحد منهما أقول لقناة كما سماه الساحة

بما أطلق لتقبل وبه يظهر جواب البحث (قوله فان قيل التوفيق ممكن الخ) أقول امكان التوفيق لا يعيد كما سبق عن قريب (قوله وأما إذا شترى بالغ الف الف باصل الثمن) أقول فيه أن ما ذكره لا يتشبه في احتمال أن يكون الثمن أولاً ألفاً وخمسمائة ثم خط جسماً ثم حيث لا يأخذ الشفع باصل الثمن وأيضاً إذا كان الثمن أولاً ألفاً ثم زاد تسكون المراجعة والتولية بالزيادة مع أن المراجعة تنقل ماله كله بالعقد الأول بالثمن الأول بزيادة فربح والتولية كذلك من غير زيادة ورجوع وإنما يأخذ الشفع باصل الثمن في الزيادة كما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنویراً لا يجب اطراده (قوله قوله ولان المدعي الخ) أقول ان لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعي يدعي الاكثر فلا نسلم الاكذاب والسند ظاهر وان لوحظت يؤل الى الدليل الاول وجوابه اختيار الشق الثاني والا كذاب أمر مغاير لما ذكر في الدليل الاول (قوله ان المقصود هو السبب) أقول وان المدعي يكذب أحد شاهديه (قوله وفيه نظر لفظاً ومعنى) أقول في كونه فيه نظراً لفظاً نظراً إذا لحظ في نفس اللفظ (قوله العتة لا تثبت قبل).

داء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البذل والسبب هو الكتابة وأما الثاني فلان المولى ادعى الكتابة والعبد منكر الشهادة لا تقبل اتمكنه من الغشخ والجواب عن الاول ان تقرير بطل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت ون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة كانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تقبل اتمكنه من الغشخ ليس بمخرج لجواز أن لا يختار الغشخ ويخاصم لادنى البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصالح عن دم العمد) أما أن المدعى اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة اسما الى اثبات العقد لثبوت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على ألف وخمسمائة المرأة تدعى الاف أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الاف أو قال وللى القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعى الاف فهو بمنزلة دعوى الدين (٥١٢) فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الاف اذا ادعى ألفا وخمسمائة

هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصالح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد والقاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ والصالح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يغيدهم للخلاص وهو مقصودهم (وان كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه اذا ادعى أكثر المالكين فشهد به شاهد والاخر بالاقول فان كان الاكثر يعطى مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف وألفين فكذلك عندهم وعند أبي حنيفة لا يقضى بشئ وهذا (لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين) والسادسة الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشئ أصلا لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لانه) أى الراهن (لا حظ له في الرهن) أى لا يقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا نائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وان كان) المدعى هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا باليجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهم فيه في البيع والشراء أجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يرد متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار بالدعوى الدين في جانب المرتهن من اذ لهن لا يكون الا بالدين فتقبل بيته في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمننا وتبعنا للدين ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلاً هكذا أطالبه بالف وخمسمائة ثبتي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين التمن في البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا (قوله) فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه) أى خلافاً وفاقاً (قوله) لانه لا حظ في الرهن) فان الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر له بغير سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى أن لا يثبت ومنفعة الحليس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على اثبات حق الغير

بالاتفاق واذا ادعى ألفين تقبل عندهم خلافاً لهما ن ادعى أقل المالكين يعتبر رجوه الثلاثة من التوفيق للكذب والسكوت عنهما (لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل) عدم الدعوى لانه لما يمكن له أن يسترد الرهن نبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن تسكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالكين اجاباً على قدر الرهن بالف غيره بالف جسمانية فيجب ان لا تقبل بينة وان كان المدعى هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه وأجيب بان الرهن لا يغير لازم في حق المرتهن

لاداء) أقول فيه بحث فان معنى كلامه ان العتق لا يثبت قبل اداء كل البذل بمجرّد عقد الكتابة أو باداء بعض البذل حتى يؤول دعوى المولى الى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما في دعوى الاعتاق على مال فلا شأن له ولا حاجة الى تقرير شئ (قوله) العتق لا يثبت الخ) أقول أى لا يحصل في يد المولى (قوله) ان مقصود المولى العتق) أقول أى العتق بعد أخذ المال (قوله) لجواز أن لا يختار الخ) قول لا يقال فيكون العبد مدعياً أيضاً لانه لا يقع الا انه لم يكن بدمن التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله) بادى البدلين) أقول وأنت خير به لا يخلو اما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أو لا فان كان الاول فلا يفيد شهادتي المولى كلاً يخفى أو يوفق بينهما بأنه أسقط بعض البذل بعد عقد الاول بل نقول نقبل شهادتي المولى وتفصيله في التحالف في الشرع وان كان الثاني فلا يفيد أيضاً لانه لا يثبت على الاستخدام بدونه اذ لا يبرح جازعاً من يدواه أيضاً هذه المحاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم في حقه لانه من الغشخ متى شاء كما سيجي آتفاً بمنزلة الرهن وجوابه غير خفى على المتأمل

حيث كان له ولاية الرمي متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدین فتنقبس البينة كافي سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمننا وتبعاً للدين وفي الاجارة لا يخفى لوما ان تكون الدعوى في أول المدة أو بعدم ضيقان كان الاول لم تقبل الشهادة كافي البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البذل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعى هو الآخر والمستاجر فان كان الآخر فهو دعوى الدين يقضى بأقل المسالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الآخر وصار كمن ادعى على آخر لفا وخمس مائة وشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمس مائة جازت على الالف وان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافاً لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافاً منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان أقر بالاكتر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فلا تجر (٥١٣) لا يباخذ منه بينة سري ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى

من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستاجر ما اعترفه قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحساناً) اذا اختلف الشهود في النكاح شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمس مائة قبلت بالف عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضاً وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كافي البيع ولاي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بالتسمية مهر وبذلك التصرف في النكاح

له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعدم مضي المدة والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحساناً) فالا هذا باطل في النكاح أيضاً) وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبهه البيع ولاي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والمالك

كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بالف أو ألف وخمس مائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستاجر أو الآخر أنه أجره هذه الدار سنة بالف وخمس مائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البذل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البذل فلا تثبت الاجارة (وان كان بعدم ضيقان) استوفى المنفعة أولي يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهو دعوى الاجارة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمس مائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعدم مضي المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستاجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد لاختلاف والثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجرى مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها تزوجت نفسها منه وشهد الآخر أنها لم تزج نفسها منه لا تقبل ولو ادعى هو عليها أنها تزوجت نفسها منه فشهد هذا بأنها تزوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى أنها تزوجت نفسها منه فشهد أن وكلمها فلان بن فلان زوجه لفلان فقط زوجت نفسها بصدق به في العرف وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمه الله فقال فاما النكاح فان أباح حنيفة كان يقول اذا جاء بشاهد يشهد على ألف وخمس مائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالالف وهي تدعى ألفاً وخمس مائة فاما بغيره فلا النكاح باطل أيضاً فشي المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون (قوله وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) لان الرهن لا يكون الا بعد تقديم الدين فتنقبس البينة في حق ثبوت الدين كافي سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمننا وتبعاً للدين (قوله وان كان بعد مضي المدة

(٦٥) - (فتح القدير والكفاية) - سادس) من لا يملك التصرف في المال كالم والآخر والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتاً (قوله والاصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر ونقر بره الاصل في النكاح الحل والازدواج والمالك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتدال بالتسلط عليه بما لا يعرف في موضعه

(قوله لان الرهن لا يكون الا بدین الخ) أقول يخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني اتفاقاً لم في جوابه (قال المصنف وان كان بعدم مضي المدة والمدعى هو الآخر الخ) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة في اول الاجارة ان الاجير هو موعطى الاجرة فيكون استعماله بمعنى المأجر غير صحيح الا أن يكون كلابن ونامرو يؤيد أنه استعمال الاجير بمعنى المؤجر في هذا المقام (قوله ان المال في النكاح تابع) أقول أي غير داخل في صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل في صلب العقد (قوله والاصل فيه الحل) أقول أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلة لهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول في محبة كونه دليلاً آخر مستقلاً بحدوث ملاحظة الاول نامل

المدعى فيه الزوج أو الزوجة وجعله الأصح نفي المساحكة من القول بالتفصيل بين كون المدعى الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعى عليها ما لا يكون له الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجهه الأصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لاني حقيقته من أن المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والمثل ولا اختلاف في هذا بل في التبعية واذا وقع في التبعية يفتى الصحة بالاقول لا بتفصيلها عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضى الصحة بالاقول بلا تفصيل وأيضا أخرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصم الصحة سواء ادعى المدعى الاقل والاكثر وهذا مخالف للرواية فان رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعى الغاوخ سمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصم عنده الاقل فلا يخالف في البطان لتكذيب المدعى شاهد الاكثر كما عول عليه بحقه والمشايع فان قول محمد وهو تدعى الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونها فان الواو فيه الحال والاحوال شروط فثبت العقد باتفاقهما ودين ألف (فروع) شهد أنه اقراه غصب من فلان هذا العبد والاخر أنه اقراه اخذه منه يقضى به للمدعى ولو شهد احدهما انه اقراه اخذه منه والاخر أنه اقراه به لم يقض للمشهد له بشئ ولو شهد انه اقراه غصبه منه والاخر أنه اقراه بان المدعى اودعه اياه تقبل وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب لوقال المدعى اقراه لا لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذواليد مقرا بملكية الثوب للمدعى فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده ثم قال فيما لو شهد احدهما على اقراره باخذه والاخر على اقراره بالايديع منه وقال المدعى انما اودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على اقراره بذلك ولا باخذ لان شاهد الودعة لم يشهد بالاخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والاخر على اقراره باخذه منه يقضى به للمدعى ويجعل المدعى عليه على حجة لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ لا يدل على الملك شهد انه اقراه اشتري هذا العين من المدعى والاخر على اقراره بايداعه المدعى اياه منه قضى للمدعى ولو كان الشاهد الثاني شهد به اقراه بان المدعى دفع اليه هذه العين قضى به للمدعى أيضا لكن لو برهن ذواليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ألا ترى ان رجلا لو قال دفع الى فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفي الزيارات قال أحدهما أعتق كما عول الاخر نصغه لا تقبل ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بالف والاخر بالفين تقبل على ألف اجماعا دعوى الشراء فشهد بالهبة والقبض لا تقبل لان وفق فقال بخدي الشراء فاستوهبتا منه وأعاد البيعة على الهبة لان الاولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وانما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والاخر من أمه لا تقبل ادعى دارا فشهد له بعد عاه وقضى له ثم أقر المقضى له أن البناء للمقضى عليه لا يبطل الحكم بالارض للمدعى وان شهدا بالبناء والارض والباقي بحاله بطل الحكم لانه كذبهما في ما فاضاه من البناء بخلاف الاول لان دخول البناء محتمل فاقرار المدعى بعدم دخوله بيان لاحد الاحتمالين شهدا بها ولدت منه والاخر انها حبلت منه او شهدا بانها ولدت منه فلا ما والاخر جارية تقبل شهدا به اقراه المدعى سكن هذه الدار والاخر انها له لا تقبل ولو شهدا به اقراه بان هذه الدار له وشهد الاخر أنه ساكنها قضى بها له شهد ان قيمة الثوب الهالك كذا والاخر على اقراره بها لا تقبل شهد على صريح الاذن والاخر أنه رآه يبيع فلم ينه لا تقبل بخلافه اعلى الاذن في الطعام والاخر عليه في الثياب تقبل على الاذن وفي الاقضية ادعى عبداني يد رجل فشهدا على اقراره انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشراء منه وانكر المدعى البيع ياخذ المدعى لان الانرار بالشراء والاستيلاء اقرار بالملك وللبائع على رواية الجامع او بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيارات فقد اقرانه لملك له فيه ولا احد متعرض للمدعى في اخذه وكذا لو شهد احدهما على اقراره بالشراء منه والاخر على اقراره بالهبة منه والمدعى ينكر وكذا لو شهد احدهما على الشراء منه بالف والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين وانما قيد بقوله والمدعى هو الآخر لانه لو ادعى المستاجر عقدا لاجارة

ولا اختلاف في ما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع فيقضى بالاقبل لا تفاهما عليه

والاخر بمائة دينار وقال الاخر استاجر منه وكذا لو شهدانه باع المدعى منه والاخر انه اودعه عنده
وكذا لو شهدا على اقراره ان المدعى دفعها اليه شهد على اقراره بانه اخذ منه هذا والاخر على اقراره بانه
اودعه منه تقبل لا تفاهما على الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة والاخذ منه منقردا شهد ان له عليه كذا
دينارا والاخر انه اقرانه عليه تقبل شهدانه بطلقها بالعربية والاخر بغيرها في المنتقى عن أبي يوسف
لا تقبل ولو كان هذا بالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لأن في وجوه كثيرة وفيه لو شهد أنه قال
لعبده أنت حر والاخر أنه قال له آ زاد تقبل وفيه لو قال ان كلمت فلانا فانت حر فشهدانه كلمه اليوم والاخر
أمس لم تقبل وذكر في مسألة الطلاق قال طلقت ولا شك أنه يجب في العتق ثبوته اذا وفق العبد بان قال
كلمته في اليومين جميعا وفيه شهدانه قال ان دخلت هذه الدار فكذا والاخر ان دخلت هذه وهذه لا تقبل
وفيه ان طلعتك فعبده حر فشهدانه بطلقها اليوم والاخر أمس يقع الطلاق والعتق ولو قال ان
ذكرت طلاقك ان سميت ان تكلمت به فعبده حر فشهدانه بطلقها اليوم والاخر أمس يقع الطلاق لا العتق
لان شهادتهما اختلفت في الكلام ولو اختلفا في القذف في الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما وفي
انثائه واقارره لا تقبل اجماعا ادعى ألفا فشهدا أحدهما بانه أقرأن له عليه ألفا فقرضا وادخرانه أقرانه
أودعه ألفا تقبل لا تفاهما انه وصل اليه منه ألف وقد يجد فصار ضامناهي قسمان قسم من الاختلاف بين
الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء
فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل وقيد في الاقضية بما اذا نسبته الى معروف كان قال اشترى من فلان بن
فلان وذكرك شرائك التعريف أ مالو جهله فقال اشترى فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف
فشهدوا بالمطلق قبالت وكري فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب
تقبل كذا أطلق في الجامع الكبير وزاد في الاجتناس في القبول أن القاضي يسأل المدعى الملك ألك بهما
السبب الذي شهدوا به ان قال نعم قضى أولا وفي الدعوى والبيانات اذا تحمّل الشهادة على ملكه سبب
وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو
كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى أبيه وجده مع القبض وقال قبضته منه فشهدوا بالملك المطلق في
الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادى فيه اختلافا قبل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى
مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها
لا كالمطلق لأنرى انه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين
وهكذا في شرح الحيل للحاوانى لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان
شمس الاثمة مجرودا لا زوجى يقول لا تقبل كافي دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق قال وفي الاقضية
مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم
شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم
على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به
أولا فتقبل أما النكاح فلو ادعى على امرأه انها امرأته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا انها منكوحته بلا
زيادة تقبل ويقضى به المثل ان كان قدر المسمى أو أقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال
والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهدا أحدهما به والاخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك
الحادث كالمشهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة أو غيره فهو ملك حادث وان ادعى

بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه بحينئذ الى اتفاق
الشاهدين أو اختلفا فلهما (قوله يقضى بالاقبل لا تفاهما عليه) ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما

ولا اختلاف للشاهدين فيها
فيثبت الاصل لكن وقع
الاختلاف في التبع وهو
المال فيقضى بالاقبل
لا تفاهما على ما عارض
عليه بانه فيه تكذيب أحد
الشاهدين وأجيب بانه
فيما ليس بمقصود وهو المال
والتكذيب فيه لا يوجب
التكذيب في الاصل وفيه
نظر فان مراد المعترض
ليس بطلان الاصل بل
بطلان التبع ومعنى كلامه
أن يطل المال المذكور في
الدعوى ويلزم مهر المثل

(قوله ولا اختلاف للشاهدين
فيها) أقول اظاهرتك كبر
الضمير وانتيته باعتبار كون
الاصل عبارة عن الامور
المذكورة (قوله وأجيب
بانه فيما ليس بمقصود)
أقول المجيب صاحب النهاية

والجواب المدكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين) وأما أكثرهما بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله (في الصحيح) احتراز عما قال بعضهم أنه لما كانت الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كفى الدين واليه ذهب شمس الأئمة ووجه ما في الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البديل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود أعنى الدين وقال (ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية فاما إذا كان المدعى هو الزوج فلا جاع على أنها لا تقبل لان مقصودها قد يكون (٥١٦) المال) بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد) فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعى هو الزوج اجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصود ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا والله أعلم

بسبب فشهد أحدهما به والاخر مطاعا لا تقبل كما إذا شهدوا جميعا باطلاق وفيما لو ادعى الثالث فشهدوا على اطلاق تقبل ولو ادعى المطاع فشهدوا على النتائج لان دعوى مطاع الملك دعوى أوليته على سبيل الاحتمال والشهادة على النتائج شهادة على أوليته على البقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى النتائج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطاع أولا ثم النتائج لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتائج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطاع وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشك كل انه لو ادعى النتائج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل وفي الفصول القاضي اذا سال الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم وقال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضت مني منذ شهر فشهدوا بلانار يخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغي أن يستثنى ما إذا أرخ في الخلاصة ادعى دارا في يد رجل انهما ملك أبيه مات وتركهما ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق فقال اشترىتهما منه منذ سنتين وبعتهما من أبي ثم ورثتهما منه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل في دعوى الملك المؤرخ وتقبل في غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض مني عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض في الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شيادا في يد رجلين اقتصما بها بعد الدعوى أو قبها أو غاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أنه نصف في الصحيح) فان قيل في هذا تكذيب المدعى لأحد الشاهدين كافي البيع قلنا المال ليس بمقصود ههنا ما أن النكاح يجوز بدون ذكر المال ولولزم التكذيب انما لزم في التبع والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفى الحكم لانعدام نصاب الشهادة (قوله وقيل الخلاف في الفصلين) وهما ما إذا كان المدعى هو الزوج وما إذا كان المدعى هو المرأة (قوله وهذا أصح والوجه ما ذكرناه) وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما أن هذا

(وقيل الخلاف في الفصلين) بعض ما إذا كانت المرأة تدعى وما إذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لان الكلام ليس في أن الزوج يدعى العقد والمال أو المرأة تدعى ذلك وانما الكلام في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خلافا في نفس العقد أو لا قال أبو حنيفة لا يوجب ذلك وقالوا بوجوبه وقد ذكر المصنف دليلا لهما واليه أشار بقوله (والوجه ما ذكرناه) والله أعلم

(قوله والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا) أقول أي من العقد فان العقد يصح بدونه وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وانما يذكره نائبا حذوا عن التكرار فلا وجه لاراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول المراد

من الدين هو الدين المنفرد عن العقد (قوله ويستوى الى قوله بكلمة أوالخ) أقول وفيه بحث فانه من قبل بيان كسر رثيته * أو كسر عظم من عظامه وفي الفرائض السراجية وذلك في مسئلتين زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان أجمعين الواو وقال الزيلعي ولا يكون بدعوى الانل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الاقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى وفيه تأمل فانهم لم يجوزوا ذلك في البيع كما صرح به في الشرح وجوابه أن النكاح ليس كالبيع فانه يجوز النكاح بدون تسمية المهر بخلاف البيع بلا تسمية البديل فتأمل (قال المصنف وهذا أصح والوجه الخ) أقول قال لا تغني ولنا في قوله وهذا أصح نظرا لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير وكذلك لم يذكره في شرح الطهاوي فيما إذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع في العقد انتهى وفيه نظر فانه قال التمر ناشي في شرح الجامع الصغير وان كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبي حنيفة وأصح أنها تقبل عنده لان المال تابع

هذه الدار مشاعا وفي يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها أكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومراقتها فشهدوا أنهم لم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوا الا اذا وفق فقال صدقوا الكفى بهت هذا البيت منها تقبل وفي المحيط من الاقضية وأدب القاضي للمصنف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان ملكه تقبل لانها ثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل وقال العمادي وعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا أو قال بالغا رسية أم مقدار زور دمه أن مدعى عليه يود من مدعى را ينبغي أن تقبل كافي دعوى العين انتهى ونظيره في دعوى العين ما ذكره شيد الدين اذا قالوا شهد أن هذا كان ملكه تقبل وبصير كالأولوا شهد أن هذا ملكه في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول امر وزملك ويحى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هبل تعلمون أنه خرج عن ملكه فكذا كره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا للملك في الحال أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان عليك ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغي أن يسألهم القاضي الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد في الماضي وقصد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما سلفناه وعن أبي يوسف يقضى بهم ما خرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات لأقربدين رجل عنده رجلين ثم شهد عدلان عندا الشاهد من أنه قضى دينه أن شهادتي الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بأنه كان له عليه أولا وعليه الحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن المنع من أحدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه أنهم اذا ثبتت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذي أقر به عندهما أو ثبت بغيرهما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقضاه والله أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنهم لا يختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا أنها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد من اذا أسند ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصد ههما الى الاحتباس عن الاخبار بما لا علم له حابه لانهم لم يعلموا سوى ثبوته في الماضي ولم يعلموا بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكر اجيدة ولا رديته ولا وسطا تقبل ويقضى بالردى بخلاف ما لو ادعى تغير دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمن جار يتغصبها فهاكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المستورة وهي ما اذا شهدا بالالف من ثمن جار يتغصبها منه فقال البائع انه أشهدهما عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما ما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهم شهدوا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثن الجارية لان مثله في الاقرار يقبل لما ذكره في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف على فلان فقال الطالب هو أقرب بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذ بالمال لانما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه أجرة دارا قبض مال الاجارة ومات

اختلاف في العقد الى أن قال ولا يبي حنيفة رجه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعى الزوج أو المرأة والله أعلم

(فصل في الشهادة على الارث) ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجرو والنقل وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وترك كهلما ميراثه او لا قال أبو حنيفة ومحمد لا بيمينه خلافاً لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الورثة خلفاء له وهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وان كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى (٥١٨) ما كان صدقة على المورث الفقير والمجهد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً

(فصل في الشهادة على الارث) (ومن أقام بينة على دارأنها كانت لايه أعارها أو ودعها الذي هي في يد فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثه) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث

الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت

*(فصل في الشهادة على

الارث)* (قال المصنف

ومن أقام بينة على دارالح)

اقول وأصله انه متى ثبت

ملك المورث لا يقضى للوارث

حتى يشهد الشهود انه مات

وترك ميراثا لان الملك

للمورث قبل موته زمان

فيقاؤه الى زمن الموت

بطريق الاستصحاب والثابت

بطريق الاستصحاب لا يثبت

عليه غيره ألا ترى أنه لو ادعى

ألفاق قال ان كان له على الف

درهم فامرأته طالق فشهد

شاهدان بالف عليه عام

أول يحكم بالمال دون

الطلاق ولو شهدوا بالف

الا أن يحكم بالطلاق ويعين

حق الوارث بخلاف مالو

شهدوا انه كان في يده مودعه

أو مستعيره عند الموت لان

يدهما يده كولو شهدانه

كان له عام اول لان الثابت

يبقى مالم يوجد الدليل المزيل

ولم يوجد ولم ينف شي بخلاف

المسألة الاولى لانه في الارث

في الثابت بالاستصحاب

والمعنى هذا اما ذكره

فانه منعت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآخر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعدة وقال فاضيلان تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضاً فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يشب قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بحجة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعاً بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهد أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى عليه انك قبضت من مالى جلابير حق مثلاً وبين سنه وفيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويحبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدوا به يناقضة فيحضره ليشير اليه بالدعوى * القسم الثاني اختلف الشاهدان ادعى بالمبيع عينا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقراره بالبائع به لا تقبل ككلو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على انه ملكه والآخر على اقراره ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بيمينه القبض والآخر على اقراره الرهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاهما فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما انه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الانشاء والاشهاد واحد ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبني اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على البراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا لاختلاف لان البراء اسقاط والهبة تخليص والاول أرجح لانه وان كان اسقاطاً يتضمن التملك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على اقراره ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جارية به والآخر على اقراره به لا تقبل وبخلاف ما إذا شهد أنها جارية به والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما إذا شهد أنها كانت في يده واذا راجعت القاعدة التي أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه اعلم

(فصل في الشهادة على الارث) (قوله ومن أقام بينة الخ) اختلف علماء في انه هل يتوقف القضاء للوارث

(فصل في الشهادة على الارث) (قوله ولا يكلف البينة انه مات وترك ميراثه) هذا بالاجماع اما عند أبي

الشرائح ان ملك الوارث يتجدد استندالاً لوجوب الاستبراء في الجارية الموروثة وحل كل ما كان صدقة على المورث لان لا يقضى

الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد لا يرى ان من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مراراً فانه يستبرئها وان لم يكن غير

مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجديد الملك الا يرى ان المورث الذي اجتمع عنده اموال الصدقة ثم استغنى بالارث او غيره يحل ما هم

من الصدقات ولا يتجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف مات وتركها ميراثاً

له) أقول وهو المراد بالجرو والنقل قال السكاكي ولهذا لو ادعى ديناً على المورث وشهد أنه كان له على الميت دين لا يقبل حتى يقولوا انه مات وهو

لا يقضي به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد وجهما الله خلافاً لـ
يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث
الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل لأنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت
لشبهت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجبت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان
بالشهادة على ملك الميت على الجبر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا
لهذا المدعى فعند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد نعم وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله
(هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لانه يصير ملكه خلافاً لهذا بخلافه ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير
مغروراً اذا كان المورث مغروراً والشهادة بالملك للمورث شهادة به لانه فلا حاجة الى أمر زائد بشرط القضاء
به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا أنها لا يه لا تقبل ذكرها
محمداً بلا ذكر خلاف فقبل عند أبي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد
في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان تصدق به على المورث
الفقير) ولوركة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجبر والانتقال غير أنه لا يشترط ذلك كذلك أصاب ما نصنا
كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد
عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعياً لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسألة
التي ذكرها المصنف اتفاقية وهي قوله (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لآبيه أعارها أو أودعها الذي هي
في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) أما على قول أبي يوسف فظاهر وأما على قولهما
فلان الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجدنا الثاني في مسألة الكتاب لانه
أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنهم أعاروه أو مودعه عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد
المعير وأخويه وقد طوبى بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعى ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعى أو
أنه كان ملكها حيث يقضي بها وان لم يشهدا أنها ملكه الى الاثبات وكذا لو شهد المدعى عين في يد انسان أنه
أشترها من فلان الغائب ولم يقيم بينة على ملك البائع وذو اليد يشكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه
فاذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وان لم ينص على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فان كان
الشراء والارث موجب تجديد الملك والجواب أنهم اذا لم ينص على ثبوت ملكه حال الموت فانما يثبت بالاستصحاب
والثابت به بحجة لبقاء الثابت لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت
بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجددده وبخلاف مسألة الشراء فان الملك مضاف اليه الى ملك البائع وان كان لابد
لثبوت ملك المشتري من بقاءه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لولم يوجب
فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت
يوسف رحمه الله فظاهر لانه لا يشترط الجبر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا
للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه يخلفه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث
بنزلة الشهادة للميت بانها كانت له وبغزلة الشهادة للمشتري بانها كانت لبائعه وكذا على قولهما لانها
وان كانا بشرطان الجبر والانتقال الى الوارث في الشهادات لم يشترط ذلك هنا لان المدعى أثبت لمورثه يده في
المدعى عند الموت بما أقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصارت كانه أقام البينة ان أباه مات
والدار في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذلك (قوله في حق العين) أي في حق احكام ترجع
الى العين (يحل له ويحل للوارث الغنى) أي لولا تجديد الملك لما حل له ذلك (قوله فلا بد من النقل) بان شهدوا
انه مات وتركها ميراثا له مات وهو ملكه (قوله وكذا على قيام يده على ما ذكره) اشارة الى ما ذكره بقوله

الموت لموت الانتقال حينئذ
ضرورة وكذا على قيام
يده لان الايدي عند الموت
تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان اذ الظاهر من
حال المسلم في ذلك الوقت ان
يسوى اسبابه وبين ما كان
بيده من الودائع والغصب
فاذا لم يبين فانظروا من حاله
أن ما في يده ملكه فجعل
اليده عند الموت دليل الملك
لا يقال قد تكون اليد
امانة ولا ضمان فيها لتقلب
بواسطة يده ملك لان الامانة
تصير مضمونة بالتجهيل بان
يموت ولم يبين انها مودعة
فلان لانه حينئذ ترك الحفظ
وهو تعدد يوجب الضمان
واذا ثبت هذا فن أقام بينة
على دار انها كانت لآبيه
اعارها أو أودعها الذي هي
في يده فانه يأخذها ولا يكلف
البينة انه مات وتركها ميراثا
بالاتفاق أما عند أبي يوسف
عليه ذكره في القصة انتهى
ثم اعلم أنه أثبت الضمير في قوله
وتركها بتاويل التركة
(قال المصنف ويحل
لوارث الخ) أقول قال

المعروف غير مختلف وبخلاف الأخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لان يدعى اليمينين ويدعى المدعى
مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعى) لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار (وان شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو
مألفا في الميت لانه لم أحدها بعينه بأمر وهو يد المالك فمكن القضاء وبخلاف الأخذ فان له موجد ما معلوما
وهو الرد من حيث هو أخذ الى أن يقترب به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه السلام على اليمين ما أخذت حتى ترد
في قضى به وأيضا اليمين المدعى عليه ويد المدعى مشهود به بخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول
المدعى عليه فلا يقضى به للمدعى واستشكل بينة الخراج مع ذى اليسر وكذا بينة مدعى الملك المطلق مع
ذى اليسر حيث تخرج بينة الخراج ومدعى الملك أجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخراج ومدعى
الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لولم تلزم الجهالة في المقضى
وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استعلال الثاني بشمل يسير (قوله وان أقر الخ) يعنى لو
قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعى دفعت الى المدعى وان كانت اليمين مشهودة لان
حاصل ذلك جهالة في المقر به وهى لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم باليمين فانه لو قال لفلان على شئ صح
ويجبر على البيان وكذلك لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعى تقبل لان المشهود به
الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهى لا تمنع صحة القضاء كولو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار
المدعى عليه أنه كان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان (تمة) شرط الشهادة بالارث أن يشهدوا أنه كان مورثه
فلو قالوا انه لمورثه تقدم أن يحمد الله قال لا يصح ولم يحسب خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعى ليس
خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت محال لا يتقدم قول بعضهم انها تصح على قول أبي يوسف وهو
غير بعيد لاننا قطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد أن يدرك الشهود
الميت لان الشهادة على الميت لا تجوز بالتسامع ولا بد أن يدينوا بجهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها
ميراثا له لا تقبل مالم يقولوا لا يبيد أو لاهم الان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجدته
ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لا يبيد ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافة
غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للعضاء واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا تعلم له وارثا
سواء كان من يرث في حاله أو لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال بحسب
القاضى وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضى بكماله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضى بالاقبل
فيقضى في الزوج بالربع والزوجة بالثلث الآن يقولوا لا تعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبي
حنيفة يقضى بالاكثروا الظاهر الاول وليس الاصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضى كغيبلا عندهما
لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا تعلم له وارثا لم يرد الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافا لما (فروع) اذا شهد
اثنتان أن هذا وارث فلان لا تعلم له وارثا غيره ولم يذكر اسما يرث به فالشهادة باطلة حتى يبين سبب الارث وكذا
اذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبين طريق الاخوة والعمة أو ممة أى يبين
الاسباب المورثة للميت أنه لأب أو شقيق وينسب الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد ويذكر أيضا أنه
على هذا الطريق قيد بقوله حتى لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالايجاع
وتكون الدار لوارثه وقد ذكرناه وقد بقوله انها كانت في يد المدعى لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق
وأما قوله منذ أشهر ليس بقيد فانه ذكر الامام الثوري رحمه الله شهدوا لى ان العين كانت في يده لم تقبل وعند
أبي يوسف رحمه الله تقبل (قوله وان أقر بذلك المدعى عليه) يعنى قال المدعى عليه ان هذه الدار كانت في يد
المدعى هذا وكذلك لو شهدا شاهدان ان المدعى عليه أقر أنها كانت في يد المدعى تقبل شهادتهما لان المشهود
به ههنا الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كولو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على

اليمين متبوعا الى يده لانه وأمانة
وضمن وكل ما كان كذلك
فهو مجهول والقضاء باعادة
المجهول متعذر بخلاف الملك
لانه معلوم غير مختلف
وبخلاف الأخذ لانه معلوم
وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد لان يدعى اليمينين
ويد المدعى مشهود به
والشهادة خبر وليس الخبر
به لاحتمال زواله بعد
ما كانت كالمعين المحسوس
عدم زواله (قوله وان أقر
المدعى عليه) يعنى اذا قال
المدعى عليه هذه الدار كانت
في يده هذا المدعى دفعت اليه
لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار وكذا اذا شهد
شاهدان باقرار المدعى عليه
بذلك دفعت اليه لان المشهود
به هو الاقرار وهو معلوم
والجهالة في المقر به وذلك
لا يمنع القضاء كولو ادعى
عشرة دراهم فشهدوا على
اقرار المدعى عليه أنه عليه
شيئا جازت الشهادة
ويؤمر بالبيان والله
سبحانه وتعالى أعلم

(باب الشهادة على الشهادة) الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لم تزلت الاصل لاحقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم يجز لادى الى انواء الحقوق ولهذا جوزت وإن كثرت أعنى الشهادة على الشهادة وان بعدت (الآن فيها شبهة) أى لكن فيها شبهة البديلية لان البديل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان (٥٢٢) فيها معنى البديلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازها بين البديل والمبدل لكن لو شهد أحد

الشاهدين وهو أصل وآخرون على شهادة شاهد آخر جاز وأجيب بان البديلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الغرور هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الغرور بدلا عن شهادة الاصول فلم يمنع اتمام الاصول بالغرور واذا ثبت البديلية فيها لا تقبل بقياس سقط بالشبهات كشهادة التمساع الرجال وقوله (أو من حيث ان فيها زيادة احتمال) معطوف

(باب الشهادة على الشهادة)

معالم قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها فاشهر الاصل قد يجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى انواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الآن فيها شبهة من حيث البديلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قبل يشترط والغتوى على أنه لا يشترط قوله ووارثه وكذا كل من لا يجب بحال لا يشترط قوله ووارثه وفي الشهادة بانه ابن الميت أو بنت ابنة لا بد من ذلك وفي الشهادة أنه مولا لا بد من بيان أنه أعتقه ولا يشترط ذكر اسم أب الميت حتى لو شهد أنه جد الميت أو أبويه ووارثه ولم يسموا أب الميت قبلت وفي الاقضية شهد أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فاشفى أحق باليراث ولو شهد أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان لا آخره ابن الميت لا يبطل القضاء الاول بل يضمنا للابن ما أخذ الاول من الارث ولو شهد آخر ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين أمضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر و بين أنه وارثه فان كان أقرب من الاول قضى للثاني وان كان أبعد منه لا يلتفت اليه وان زاحه بان كان مثالا الاول ابنا والثاني أبا قضى باليراث بينهما على قدر حقهما المالك العمل بهما

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الغرور (قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل - ق يثبت مع الشبهة) نخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فاما التعزير ففي الاجناس من نواذر ان رسمه عن محمد يجوز في التعزير بالغرور والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على ان تجلب القاضي الى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاصصنا لشهادة على الشهادة جائزة في الاقرار والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الغرور عهول وقد نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أى

اقرار المدعي عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاصصنا رحمه الله

(باب الشهادة على الشهادة)

(قوله وهذا استحسان) والقياس أن لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية لم تزلت شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها الا جبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة بدنية أو لانه من تمكن زيادة الشبهة فيها اذا انجبارا اذا اتنا حتمها للسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للعقوف (قوله) وهذا جوازنا الشهادة على الشهادة وان كثرت (أى) واشدة الحاجة اليها جوازنا الشهادة على

(باب الشهادة على الشهادة)
(قال المصنف الآن فيها شبهة من حيث البديلية الخ) أقول فان الشهادة عبادة بدنية ولا تجري البديلية في العبادة وليس في وجهه الاستحسان ما يدفعه (قوله لعدم الاجبار) أقول أى لعدم الاجبار على الشهادة (قوله أى لكن فيها شبهة البديلية) أقول انما قال شبهة البديلية لما سيجي من أن

البديلية حقيقة ليس الا في المشهود به والاضافة بيانية (قوله لعدم جوازها) أقول فيه اعمال الضمير في الظروف (قوله بين البديل والمبدل) أقول كالتيهم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بان البديلية الخ) أقول ويجوز أن يجاب بانه ليس فيما ذكره من الصور والجمع بين البديل والمبدل فالظاهر أن الغرورين ليسا بديل عن الذي شهدا معهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سخر للبال القاتر ثم رأيت في شرح الكنتز لا علامة الزيلعي أنه أجاب بهذا فاشكرت الله تعالى (قوله فان المشهود به الخ) أقول فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين دينك المشهود بهما فليأمل (قوله واذا ثبت البديلية) أقول أى شبهتها

وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحدود والقصاص (وتجوز شهادة شاهدين على شهادة الشاهدين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا اربع على كل أصل اثنان لان كل

جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الحصرمة فيها والاجبار عليها والزيادة في العبادة البدنية لا تجوز لان كثر قول انسان ينهذ على مثله ويزعم ما ينسبه اليه وهو ينفيه ويبرأ منه انما عرف بحجة شرعاً عند سدور من احتمال الكذب وهو مافي شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء لان محله في الاصلين في اثبات حق المدعى وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يجز عن الاداء ملوته أو لغيبته أو مرضه فيصير الحق أثبتاً أهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلاً فيعدهم وت الكيل قبل دعوى المدعى لا نقول المدعى جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقضت الكيل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درته وهو الحدود والقصاص لو أخرجنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمصنف على هذا وما فيها من شبهة البدلية فاورده على هذا لو كانت بدلاً لم تجز شهادة أصل مع فرعين اذ البدل لا يجمع الاصل ولا شيئاً منه وأجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فانما علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كذا كرنا وبالشهادة على شهادتهم تحسنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهاد الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله برده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لاجرم أن أصل السؤال غير وارد لانه انما ارد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لاحقيةتها فان قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا اذ قد نافي قدف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بان لا تنقض فان المشهود به فعل القاضى وهو ما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود والشهادة بوقوع اسباب الموجهة لها فاورد أن فعل القاضى موجب لردها وادها من حده فهو موجب للحد أجيب بالنوع بل الموجب لردها ان كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجب هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزايدات لا تقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعنى اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معاً على شهادة هذا وشهادتهما أيضاً على شهادة الآخر أو ما لو شهدا على شهادتهما معاً على شهادة أصل والاخر على شهادة الاصل الاخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز زوى الجلالة ان على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصرى والغنبرى وعثمان البنى واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في اتصال شهادته الى مجلس القضاء

شهادة الفرع ثم وثم الآن فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحدود والقصاص كشهادة النساء مع الرجال بل أولى لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلاف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استنهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقالوا ان معنى البدلية لا تقوى لان القاضى يقضى بشاهدين شهدا بصلاب شهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل كفى الوضوء والتيمم ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا اظهر لبعضهم عذريته بقي بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تنبت في المشهود به أحق هو ام لا وهما ثبتت شبهة زائدة في نفس الشهادة هل انما وجد من الاصول أم لا

على قوله من حيث البدلية يعنى أن فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول خمسة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفرع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص قوله (وتجوز شهادة شاهدين) اى يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الآن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الاخر فذلك اربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما

شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصلا كالمرايين ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الاشهاد
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهو شاهد باحق ثم شهد باحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة
واحد على شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على ما للفرع الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة
(وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أنى أشهد أن فلان بن فلان أقر
عندى بكذا أو شهدنى على نفسه) لان الفرع

فكانه شهد بنفسه واعتبر به رواية الاخبار (ولنا ما روى عن على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل
الاشهاد رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق أنا إبراهيم بن أبي يحيى
الاسلمى عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن على قال لا يجوز على شهادة الميت الرجلان وأستاذ بن أبي
شيبه حدثنا وكيع عن اسمعيل الأزرق عن الشعبي قال لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين
ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة
شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتهما الرجلان أو رجل وامرأتان وقال الشافعى في أحد قوليه لا يجوز
واختاره المزنى لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرايين ولا تقوم المحبة بما كالمرايين لما قامت مقام
الرجل الواحد لا يقضى بشهادتهما ولا أن أحدهما لو كان أصلا نشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة
الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا إذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعى يجوز كقولنا وهو
قول مالك وأحمد لما روينا من قول على رضى الله عنه فانه باطلا فانه ينظم عمل النزاع ولان حاصل أمرهما
أنهما شهدا باحق هو شهادة أحد الاصلين ثم شهد باحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من أن يشهد
شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الاصل بشهادة نفسه ثم يشهد به على الاصل الآخر مع آخر فانه
انما لا يجوز لان فيه يجتمع البطلان والمبدل منسب بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهدا ثلثان على شهادة الاصل
الآخر حديث يجوز وقوله (وهو حجة على مالك) فيه نظر اذ كتبهم باطاقة بان شهادة الواحد على الاصل لا يجوز
وما ذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول
وكرر رواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن على رضى الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في
المسئمة وعبد الحميد بن عيسى عن أبيه عن جده عن على رضى الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في
الاشهاد أى اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي أنى أشهد أن
فلان بن فلان أقر عندى بكذا أو شهدنى على نفسه) وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع (لانه

فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهد اذا شهد على شهادة شاهدين ان قاضى بلدة كذا ضرب فلانا حادق
قدف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضى لانفس الحد وفعل القاضى مما ثبت بالشبهات وأما الذى
لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضى حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان
قيل أليس ان اقامة الحد مسقطا للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون
سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف (قوله ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا
شهادة رجلين فوجده التمسك بما رواه عن الاثر على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير
تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان ومن قال به كان يقيد الاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافا وذلك
لا يجوز فان قيل ينبغي أن لا يجوز شهادة الفرعين عن اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة أصل واحد
صارا بمنزلة أصل واحد ثم لو شهدا أيضا عن أصل آخر صارا بمنزلة أحد اصلين شهد عن نفسه وعن أصل آخر قلنا
الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعد في نفسه فلا يصلح أن
يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحققه قولا تقديرا (قوله من الحقوق) أى من حقوق الناس لانه يجب على
كل واحد من الاصلين أن يؤدى ما عليه اذا طال به المدعى (قوله لما روينا) أى من قول على رضى الله عنه

(ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل
الاشهادة رجلين) فانه
باطل لانه يفيد الاكتفاء
بائنتين من غير تقييد بان
يكون بازاء كل أصل فرعان
(ولان نقل الشهادة)
معطوف على قوله ولنا قول
على معنى ومعناه ان نقل
شهادة الاصل حق من
الحقوق فاذا شهدا باحق
ثم نصاب الشهادة ثم اذا
شهد بشهادة الاخر شهدا
بحق آخر غير الاول
بخلاف شهادة المرأتين
فان النصاب لم يوجد لهما
بمنزلة رجل واحد ولا تقبل
شهادة واحد على واحد
بخلاف مالك قال الفرع
قائم مقام الاصل معبر عنه
بمنزلة رسوله في اصال شهادته
الى مجلس القاضى فكانه
حدس وشهد بنفسه واعتبر
هذان رواية الاخبار فان
رواية الواحد عن الواحد
مقبولة ولنا ما روينا عن
على رضى الله عنه وهو ظاهر
الدلالة على المراد ولانه حق
من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة بخلاف رواية
الاخبار قال (وصفة الاشهاد
أن يقول شاهد الاصل الخ)
(قوله فانه باطلا فانه يفيد
الاكتفاء بائنتين الخ)
أقول ينظر فيه

لما فرغ من بيان وجهه مشروعيها وكيفية الشهود الغرور شرع في بيان كيفية الشهادة وأداء الغرور فقال وصيغة الشهادة أن يقول شاهد
الاصل شاهد الفرع أشهد على أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى بكذا وأشهدنى على نفسه لان الفرع كالتائب عن الاصل فلا بد
من التعميل والتوكيل على مامروا بما قال كالتائب عنه لما سأل الفرع ليس بتائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد أن يشهد
الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سعه ويجوز أن يكون (٥٢٥) معناه كما يشهد الفرع عند القاضي

والاول أوضح لقوله لينقله
الى مجلس القضاء وان لم يقل
الاصل عند التعميل
أشهدنى على نفسه جاز لان
من سمع اقرار غيره حل له
الشهادة وان لم يقل له أشهد
قال (ويقول شاهد الفرع
الح) هذا بيان كيفية أداء
الفرع الشهادة (يقول
شاهد الفرع عند الاداء
أشهد أن فلان بن فلان
أشهدنى على شهادته أن
فلانا أقر عنده بكذا وقال
أشهد على شهادتى بذلك
لانه لا بد من شهادته أعنى
الفرع وذكر شهادة
الاصل وذكر التعميل)
والعبارة المذكورة تنبى بذلك
كله وهو أوسط العبارات
(ولها) أى لشهادة الغرور
عند الاداء (ألفظ أطول من
هذا) وهو أن يقول الفرع
عند القاضي أشهد أن فلانا
شهد عنى أن فلان على
فلان كذا من المال
وأشهدنى على شهادته
فأمرنى أن أشهد على
شهادته وأنا أشهد على
شهادته بذلك الآن فذلك
ثمان شينات والمذكور ولا
خمس شينات (وأقصر منه)
وهو أن يقول الفرع عند

كالتائب عنه فلا بد من التعميل والتوكيل على مامروا لا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس
القضاء (وان لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له أشهد (ويقول
شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لى أشهد على
شهادتى بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التعميل ولها ألفظ أطول من هذا

كالتائب عنه فلا بد من الاستنباط وذلك بالتعميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا
كل من شاهد أمراً غير الشهادة أنه يشهد به وان لم يحمله كالقرار والبيع والغصب (على مامروا) يعنى في
فصل ما يحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائمه لانه لو كان حقيقة التائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة
أصل وأصل لا تمتنع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله (ولا بد أن يشهد) أى شاهد الاصل (عند
الفرع كما يشهد) شاهد الاصل (عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر) شاهد الاصل في
شهادته عند الفرع قوله (وأشهدنى) يعنى المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا أن غم من الفرق وإذا
وقع التعميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدنى على
شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا) وقال لى أشهد على شهادتى بذلك) فلا بد من ذكر الفرع جرح شاهد الاصل
فلزم فيه خمس شينات وذلك (لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل والتعميل) قال المصنف
(ولها) أى لشهادة الاداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر) أما الاطول فان يقول أشهد أن
فلانا شهد عنى ان فلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا
الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات وأما الاقصر فان يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بان
فلانا أقر عنده بكذا ففيه ثمان شينات وهو اختيار الفقيه أبى الليث واستاذ أبي جعفر وحكى فتوى شمس الأئمة
السرحدى به وهكذا ذكره محمد فى السبب الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر
خالقوا واشترطوا زيادة تطويل فخرج أبو جعفر الراوية من السير الكبير فانقادوا له قال فى الذخيرة فلو
اعتد أحد على هذا كان أسهل وكلام المصنف يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث

وهو جهة على مالك فانه يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة
رسوله فى ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكأنه حاضر وشهد بنفسه واعتبر هذا رواية الاخبار فان رواية
الواحد عن الواحد مقبولة (قوله ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي) أى لا بد أن يشهد الاصل كما يشهد
عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التعميل وهو أن يقول أشهد على شهادتى ولا
يقول أشهد على بذلك لانه يحتمل أن يكون على أصل الحق المشهود به وهو أمر بالكذب وكذا لا يقول فاشهد
بشهادتى لانه يحتمل أن يكون مراده فاشهد بمثل شهادتى فيكون أمراً بالشهادة على أصل الحق (قوله لانه
لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل) لانه يشهد على شهادة الاصل (قوله وذكر التعميل) لم يشترط بعض
العلماء ذكر التعميل (قوله ولها ألفظ أطول من هذا) وهو أن يكون بقول الفرع بين يدي القاضي أشهد
أن فلانا شهد عنى أن فلان على فلان كذا من المال وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته
وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج الى ذكر ثمان شينات وفيما ذكر فى الكتاب خمس شينات وما ذكر

القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه ثمان ولا يحتاج الى زيادة شىء وهو اختيار الفقيه أبى الليث واستاذ أبي جعفر وهكذا ذكره محمد فى
السير الكبير

(قوله وذكر التعميل) أقول يكفى فى ذكر التعميل أشهدنى على شهادته أو أشهد على شهادتى فأحدهما من صان الاختلاف فينبى أن يكفى
بثلاث شينات

(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي لانه لا بد من التعميل) بالاتفاق أما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والغرور حتى اذا رجعوا جميعا اشتروا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والغرور وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره وأما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجازله (٥٣٦) أن يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة

وأقصر منه وخبر الامور واسطها (ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي) لانه لا بد من التعميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الغرور والاصول جميعا حتى اشتروا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة

حكاية وذكر ان ثم أطول منه وأقصر ثم قال (وخبر الامور واسطها) وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر وهو ثلاث شينات قال ويمكن الاختصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال وما ذكر صاحب الكتاب يعني القدورى أولى وأحوط ثم حكى خلافا بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي أشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند أبي يوسف يجوز قال وجه قولهما انه لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل أنه أمره على وجه التعميل فلا يثبت الثاني بالشك ولا ييوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التعميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذهما مكسبة للدرهم وقولهم في اعطاء الصورة أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد أن يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الغرور يجب عليهم أن يذكر وأسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالنا شهد أن رجلين نعرفهما أشهدنا على شهادتهما أنهم ما شهدنا بكذا وقالوا لا نسميهم وأولنا تعرف أسمائهم لم تقبل لانهم ما تحملا بمجازة فلا عن معرفة (قوله ومن قال أشهدني الخ) أى اذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي بذلك ووجهه المصنف بانه لا بد من التعميل أما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والغرور في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا أن محمد يتخير المشهود عليه بين تضمين الغرور والاصول وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ انما يضمن الشكل معافان اختار تضمين الغرور ولا يرجعون الى الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المصوب منه في تضمين أي ما شاء فان ضمن الغاصب رجع على غاصبه وأما عندهما قال فلانه لا بد من التعميل (لانه لا بد من النقل) يعني الى مجلس القاضى (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ما هو حجة) يعني

حجة فانها ليست بحجة في نفسه ما لم تنقل ولا بد للنقل من التعميل ولقاتل أن يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التعميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنسب وذلك يقتضى أن يكون التعميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتعميل ذكر في الفوائد الظهير بة قولهم في هذا الموضوع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضى فلا يحصل العلم للقاضى بقيام الحق بمجرد

(قوله يعني يتخير المشهود عليه) أقول كما يجيى في باب الرجوع عن الشهادات (قال المصنف فيظهر تحميل ما هو حجة) أقول فيه بحث فان المقصود انبات وجوب التعميل فن أن يثبت وجود التعميل حتى يستقيم قوله فيظهر تحميل ما هو حجة ولا يبعد أن يجعل التعميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى بفاحشة مبينة ويصح الكلام

في الكتاب هو اختيار شمس الاثمة الحلواني رحمه الله (قوله وأقصر منه) وهو أن يقول القرى عند القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا جاز وفيه شينات فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله واختيار أستاذ أبي جعفر وهكذا ذكر محمد رحمه الله في السير الكبير وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر كانوا يخالفون أبا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في أداء القرى فانخرج الرواية من السير فانقادوا له فلو ائتمد أحد على هذا كان في سعة من ذلك وهو أسهل وأيسر كذا في الذخيرة والمغنى (قوله ومن قال أشهدني فلان على نفسه) أى أشهدني المقر على اقراره لم يشهد السامع على شهادته أى لا يحصل للاسامع أن يشهد على شهادته حتى يقول أشهد على شهادتي لانه لا بد من التعميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله وذلك

حيث نذكر على ما أشار اليه الشيخ أكل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد وقال الاتقاني قوله فيظهر بالنسب جواب النفي وهو قوله لا بد ويجوز أن يقال انه عطف على قوله ليصير ما هو فيه بحث قوله وذلك يقتضى أن يكون التعميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التعميل بما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم في هذا الموضوع الخ) أقول على ما صرف الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد وأشار اليه هنا فاعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مريد (قوله فلا يحصل العلم للقاضى) أقول هكذا فيها نظيره من نسخ العناية ومراج الرواية ولعله سهوا والصحيح فلا يحصل العلم للقرع

شهادة الاصل مرفى لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك أن الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادة من وجهه وهو أن الشهادة مسوقة على الاصل بسبب عليه اقامتها وياثم بكتما انما يتي وجد الطلب من الحق كماله كان عليه دين ومن عليه دين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامر له فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحته فباعتبار أن فيها مضره من حيث انما اجتهت في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه بباطل ولايته بدون أمره مضره في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا أنكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لمافيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن لسد الخلل وأما عبارة المشايخ فهي مشككة ليس فيها شعار بالمطلوب وقد تقدم لتأني هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد والله أعلم قال (ولا تقبل) (٥٢٧) شهادة شهود الفرع الخ قد تقدم أن يجوز

الشهادة على الشهادة

مساس الحاجة فلا تجوز والم

وجود ولا تقبل الآن دعوى

الأصول أو يعيوا مسيرة

ثلاثة أيام أو يعرضوا مرضا

بمنعهم الحضور الى مجلس

الحكم لان الحاجة تتحقق

بهذه الاشياء العجز الاصول

عن اقامتها وانما اعتبر السفر

لان العجز بعد المسافة ومدة

السفر بعيدة حكما حتى أدير

عليه اعدة أحكام كقصر

الصلاة والفطر وامتداد

السمع وعدم وجوب

الاصحية والجمهورية

خروج المرأة بالحر

وزوج

(قوله لان الفرع لا يسعه

الى قوله عند القاضي في

مجلسه) أقول فيه بحث فانه

لو أراد انه لا يسعه بعد ما شهد

في مجلس القاضي ولم يحكم

بوجوبها فذلك كذلك الا

انه لا يلزمهم فان مرادهم

أنها لا تكون حجة الا في

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الآن بغير شهود الاصل أو يعيوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يعرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تنس عند عجز الاصل وهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر برئال فرلان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي أن وجوب التحميل لو وجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتي الى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لانه انما جاز غير محضرته فاذا نقل ظهر القاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لا آخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فانه يجب أن يشهد على قضائه بل لا يتحمل لان قضاءه حجة كالبيع والافرار بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل الى القاضي ولما تامل أن يقول كون النقل الى القاضي والحجة تتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو متوقف على الاصح عند الشافعية والافلا تفارق على أن من سمع اقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وان لم يشهد بل ولو منع من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج الى دليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمر آخر وهو أن الاصل له منفعة في نقل شهادته فان شهادته تحق عليه يلزمه أداءها اذا طالب منه من هي له ومقتضى هذا أن لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامر له لكن فيها مضره اهدار ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية انكاح صغيرة ولو أنكحها انسان لا بامر له لا يجوز ذلك (قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الآن بغير شهود الاصل أو يعيوا مسيرة ثلاثة أيام) ولياليها (فصاعدا أو يعرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تنس عند عجز الاصل وهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر السفر لان العجز بعد المسافة) فقد رتب عسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت خصا عند هامن القطر

لان الشاهد الفرعي لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محضره انه بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفرع وجب الضمان على الاصول في قول محمد رحمه الله ولو رجع الاصول والفرع جميعا تخير المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفرع ولا يصير الوكيل وكلاء عن الموكل الا بامر وفي الغوائد الظهيرية ومعنى قوله حتى اشتركو في الضمان عند الرجوع أن المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفرع وليس معناه انه يقضى بالنصف على الاصول والنصف على الفرع بل هذا

مجلس القاضي اذا حكم بموجبها وان أراد انه لا يسعه بعد الحكم فافذلك لكونه الغوامم الكلام اذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضي حينئذ فليتأمل (قوله ووجه ذلك أن الاصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس الا ذلك كما لا يخفى على ذي تامل فان الولاية تنفذ القول على الغير شاء أو أبى فليأتم بحكم القاضي بشهادته لا يظهر أن للاصول ولاية ولا يوجد ابطال ولايته فقوله لا يكون حجة الا في مجلس القاضي اشارة الى هذا المعنى (قوله لمافيه من ابطال الولاية عليه) أقول الى هنا كلام الغوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول في فصل ما يتجمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجع قال المصنف (وبهذه الاشياء الخ) أقول الظاهر أن تقديم الجار لا فائدة الحصر قال المصنف (والثاني أرفق) أقول أي بار باب الحقوق من الناس فان اليهود بما لا يقيموا الحسنة من مسيرة السفر لمافيه من الخرج فتوى الحقوق خصوصا في ذلك الزمان الذي ظهر التواني في الامور الدينية والمراد الرقي بالشهود وحديث لا يكاف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو

الاول بشهادة السباق

حتى أدبر عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا
لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله مع الأشهاد أحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن

والعصر وامتداده مع الخلف وعدم وجوب الاضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لا يستطيع
أن يبيت في أهله لو غدا لاداء الشهادة مع شهادة الغرو ع احياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن) يعني من
جهة الدليل لموافقة حكم الشرع (والثاني أرفق احياء لحقوق الناس) وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا
بهذه الرواية (وبه أخذ القسبة أبو الليث) وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد بن جواز الشهادة كيفما كان
حتى روي انه إذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره
يجب أن تجوز على قولهما خلافاً لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصوصة ويجوز عندهما بلارضاء الخصم
وعنده لا الارضاء والاقطع صرح به عنهما فقال وقال أبو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر (فر وع) *
خرس الاصلان أو عيما أو جنبا أو أرنبا والعياذ بالله تعالى أو فسقاً لم تجز شهادة الغرو ع وتجوز شهادة الابن
على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة
غيره مع وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي إلى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل
وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب
غيره مقبولة لانهم الوقيت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة أو بأع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته
مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أو بأع الحق كذا ذكره الامام
السرخسي ولم يزد في شرح الشافعي على تعليله بان شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان
بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهد اثنان على شهادة رجلين بشئ ولم
يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الغرو ع عن الشهادة مع النسي عند عامة المشايخ وقال بعضهم
لا يصح الاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثرا وسعيا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب
حاكم غيره لهما ان يشهد أن القاضي قضى عليه وان كانا معاً من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن

(وعن أبي يوسف انه إن كان
في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع أن يبيت في
أهله مع الأشهاد) دنا
للخرج و (احياء لحقوق
الناس قالوا الأول) أي
التقدم بثلاثة أيام (أحسن)
لان الخبر شرعا يتحقق به كافي
سائر الأحكام التي عدناها
فكان موافقا لحكم الشرع
فكان أحسن

كالغاصب مع غاصب الغاصب فلم يغصب منه أن يغصب أمها ما شاء في الذخيرة فان ضمن الغرو ع فالغرو ع
لا يرجعون على الاصول كافي باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الاول وان
ضمن الاصول لا يرجعون على الغرو ع أيضا بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب
الغاصب وأما عندهما فلان الحكم وان كان يضاف الى الغرو ع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول
عند الرجوع ولكن تحملهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب
النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر أن التحمل حصل بحاهو حجة فلما لم يكن بدمن النقل لم يكن بدمن
التحميل وفي الفوائد الظاهرية فقولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القضاء فلا
يحصل العلم للغرو ع بقيام الحق بمجرد شهادة الاصول مزيف لان الغرو ع لا يسمع الشهادة على الشهادة ان كان
الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا
بالتحمل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الغرو ع شهادته من وجهه وهو أن الشهادة حق مستحق على
الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمة ما نهي وجدا الطلب ممن له الحق كولو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا
تبرع انسان بقضائه عنه يجوز ان لم يكن باصره فباعه هذا لا يشترط الامر بصحته غير أن فيها مضرة من حيث
انها حجة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون أمره مضرة فباعه هذا لا يشترط
الامر بصحته وصار هذا كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا نكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لمبايعه من ابطال
الولاية عليه (قوله حتى أدبر عليها عدة من الأحكام) نحو قصر الصلاة والغط في الصوم وامتداد مسع الخلف الى
ثلاثة أيام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول أبي حنيفة رحمه الله والاضحية والجمعة وحرمة خروج

(والثاني أرفق به أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ وروى عن أبي يوسف ومحمد أنها تقبل وإن كانوا في المصر لانهم يقولون قولهم فكان كقول إقرارهم (فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرع إذا شهد على شهادة أصليين فهو على وجه أربعة إما أن يعرفها القاضي أو لا يعرفها أو يعرف الأصول دون الفروع أو بالعكس فإن عرفها بالعدالة قضى بشهادتهما وإن لم يعرفها يسأل عنهما وإن عرف الأصول دون الفروع يسأل عن الفروع وإن عرف الفروع يسأل عن الأصول فإن عدل الفروع والأصول تثبت عدالتهما بذلك في ظاهر الرواية لانهم من التزكية لسكونهم على صفة الشهادة (وكذا إذا) (٥٢٩) شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحيحا بلنا) أنه

من أهل التزكية وقوله (غاية الأمر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لأنه لا يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهمها فإشارته إلى رده وقوله غاية الأمر أي غايته ما يريد فيه من أمر الشهادة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لأنه متهم بسبب (أن في تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يثبت بمثله كما لا يثبت في شهادة نفسه فإنه يحتمل أن يقال إنما شهد فيما شهد لصبره مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع (كيف) يكون ذلك ما عاونه ليس له في الحقيقة نفس يغوت بترك التعديل (لأن قوله في نفسه مقبول وإن ردت شهادة صاحبه)

والثاني أرفق به أخذ الفقيه أبو الليث قال (فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحيح) لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يثبت بمثله كما لا يثبت في شهادة نفسه كيف وإن ردت شهادة صاحبه فلا تنفذ (وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم يثبتوا الشهادة فلا يقبل ولا يبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا

عن أبي حنيفة وهو الأقوى وعن أبي يوسف لا يجوز أن يسمع في غير مجلس القاضي وهذا أحوط (قوله فإن عدل شهود الأصل الخ) شهود الأصل منصوب بمفعول لا شهود الفروع فاعل والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع وسأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوا هم جاز لانهم من أهل التزكية فقبل (وكذا لو شهدا ثلثان فعدل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي (الآخر جاز) بخلاف القول ببعض المشايخ أنه لا يجوز لأنه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيعه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله (غاية الأمر أن فيه منفعة إلى آخره) لكن العدل لا يثبت بمثله كما لا يثبت في شهادة نفسه (يعني أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بما فكأن لم يعتبر الشرح مع عدالته ذلك ما نعتا كما ما نحن فيه (وإن سكتوا) أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضي) في حال الأصول فإن عدلهم غيرهم قضى والا (وهذا عند أبي يوسف وقال محمد) إذا سكتوا أو قالوا لا يعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها قبل شهادة ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولا يبي يوسف أن المأخوذ أي الواجب (على الفروع ليس الانقل) ما حلهم الأصول (دون تعديلهم) فإنه قد يخفى حالهم عنهم فإنهم إذا نقلوا ما حلهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كالو حضر الأصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الأصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية كانوا عدولا أو لا فلو أنهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والاحتياج إلى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناصح في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفرع حين سألهم القاضي عن عدالة

المرأة من غير محرّم أو زوج (قوله والثاني أرفق) وهو ما قال أبو يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا الأداء الشهادة لا يستطیع أن يبيت في أهله وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أن الشهادة على الشهادة تجوز كيفما كان

(٦٧ - فتح القدير والكفاية - سادس) سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا تخبرك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضي في حال الأصول) بأن يسأل من التزكين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل) شهادة الفروع (لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا يبي يوسف أن المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الأصول لأن التعديل قد يخفى عليهم فإذا نقلوا فقد أقاموا ما وجب عليهم ثم القاضي (يتعرف العدالة كما إذا حضر الأصول بأنفسهم وشهدوا) وإذا قالوا لا يعرف أن الأصول عدلوا أو لا قبل ذلك فقولهم لا تخبرك سواء وكله أشار إليه بقوله فإذا لم يعرفوها وقال شمس الأئمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة فروع ويسأل عن الأصول غيرهما وهو

(قوله وكله أشار إليه الخ) أقول وجه الإشارة أنهم لو عرفوها لانحبروا بهم لو قالوا لا تخبروا بهم السكتان أو ضم في ذلك

الهداية على مآصوره في الكافي على مآصوره الزيلعي فإنه قال الشهادة لا الاشهاد (قول المصنف فجاء بمآصرة فلاتة)
(الح) أقول لعل الفاء لترتيب الذكرى اذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادوا الشهادة ولعل هذا هو الاولى

لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة واعلمها غير هاذن لابد من ثبوتها تلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من) شاهدين (آخرين) يشهدان بأن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بذكر الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر (شاهدان شهدا عندى أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعى فلان في مجلس القاضى المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضى هات شاهدين يشهدان أن هذا الذى أحضرته هو فلان المذكور في (٥٣١) هذا الكتاب لئلا يكون الاشارة اليه في

القضاء (لانه) أى كتاب القاضى الى القاضى (في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضى لئلا ياتيه ووفور ولايته ينفرد بالنقل) فلا يلزم ما قبل تمثيل كتاب القاضى الى القاضى بشهادة القروى غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب لان ديانتهم ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود في هذين البابين) يعنى باب الشهادة وباب كتاب القاضى فلانة (التميمية)

وبدل عليه قول الامام التمرائى لئلا يكون للشاهد الاشارة اليها في الشهادة قال المصنف (ونظير هذا الى قوله في يد المدعى عليه) أقول قال في النهاية ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذ ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولى حق الشفعة وأما لو كان المدعى هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المبيع في يد المشتري لان للبائع ولاية مطالبة الثمن

فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة واعلمها غير هاذن لابد من ثبوتها تلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لابد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال (وكذا كتاب القاضى الى القاضى) لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضى لئلا ياتيه ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية

(لان الشهادة) بالالف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للقرى (والمدعى يدعى) الالف (على حاضرة جاز كونها غير هاذن لابد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التي بها شهدا بالالف عليها قال المصنف (ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدود) قال قاضيان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أن هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصور أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود ذكر التمرائى وجه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يده رجل وشهدوا به أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعى هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم تصور المصنف يصدق فيما اذا كان المدعى شفعيا والمحدود في يد المشتري فادعاه اطلب الشفعة فقال المشتري العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف (قال) يعنى مجدا في الجامع المغير (وكذلك كتاب القاضى الى القاضى) فانه ذكر فيه المسالتين فانه قال بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضى الى القاضى بشهادة شاهدين وقال أبو حنيفة رحمه الله (ان قالوا في هذين البابين التميمية

شهادتهم بهذه الحادثة امامهم حضرهم فلا يلتفت الى شهادة القرى وان لم ينكر وا وهذا لان التجميع شرط وقد فات للعارض بين الخبرين (قوله يشهدان على المحدود في يد المدعى عليه) وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذ ادعى الشفيع أن فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولى استحقاق الشفعة اما لو كان المدعى هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري (قوله وكذلك كتاب القاضى الى القاضى) أى اذا أورد كتاب القاضى الى القاضى وفيه شهد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وأنكر ذلك الرجل أن يكون هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهد آخر ان انه فلان بن فلان وهذا لان كتاب القاضى لنقل الشهادة كالتشهاد على الشهادة الا أن القاضى يولايته وأمانته يتفرد بالنقل (قوله ولو قالوا في هذين البابين) أى في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى فلانة بنت فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوا الى أخذها وهي القبيلة الخاصة الغضذ وآخ القبايل الست كذا في الصحاح وفي الكشف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا الشعب الطليقة الاولى من الطبقات الستة التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمار والبطن والغضذ والغضذ فالتشعب بجميع

من المشتري سواء كان في يد البائع أو في يد المشتري انهم يظهر أيضا اذا ادعى المدعى الاستحقاق واثبات المبيع حيث دلل ان كون المحدود للبائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدعي بناء عليه بان يده ليست بخصومة ولا يندفع ذلك الا باثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعى بأسرة) أقول أنكرت أنها اياها (قوله ونظير هذا اذا تحملوا الى قوله في يده الخ) أقول فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعى في يد المدعى عليه وان اعترف هو به لى ما سيجيء (قوله الذي في يدي الخ) أقول قوله الذي في يدي مبتدأ وقوله غير محدود خبر (قوله ودفع اليه الكتاب الخ) أقول وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان

لم يجز حتى ينسبوها الى نغذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصل بالنسبة الى النغذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوز جنسية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل

لم يجز حتى ينسبها الى نغذها) الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني أن القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخران شاهدين عدلين شهدا عندى أن فلان بن فلان القلاني على فلانة بنت فلان القلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المرتضى امرأته في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان القلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الإشارة اليها في القضاء عليها وقوله (الآن القاضي الخ) جواب عن مقدمه وهو أنه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي أن لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدوا به فقال ان القاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانتهم مقام قول الاثنين فانفرد بالنفس ثم قال المصنف قالوا قالا في هذين فلفظ قال أياضاً على ما ذكرنا من قول المصنف نقلاً لفظ الجامع على ما نقلناه آنفاً أي قال في الجامع قال أبو حنيفة لا نقولوا في هذين البابين أي الشهادة على الشهادة وكتب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى نغذها يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولين اللغويين وهو في الصحاح وفي الجهرية جعل النغذ دون القبيلة وفوق البطن وأنه بتسكين الخاء والجمع أعفاذ وجهه في ديوان الادب بكسر الخاء وأنه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف وأبو بكر فقال والعرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعجزة وبطن ونغذ وفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارات والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الانغاذ والنغذ يجمع الفصائل فضر شعب وكذا ربيعة ومنه جوجير وسميت شععو بالان القبائل تنسب منها وكأنه قبيلة وقر يش عبارة وقصى بطن وهاتم نغذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالنغذ ما لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولهذا قال تعالى وفصيلته التي تؤويه وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشرية والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين وأسلفنا هنا ذكرها منطومة في شعر ثم اغتم بكتف بذ كر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذلك ونقل في الفصول عن قاضيات ان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذ كر الاب والجد لا يكفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشن رأيت بخط ثعلب ذكر اسم واسم أبيه ونغذه وصناعته ولم يذكر الجد قبله وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسم أبيه ونغذه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف في القاضي القاضي بدون ذكر الجد ينغذ لانه وقع في فصل مجتهد فيقال كذا رأيت في بعض الشروط ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبته الى ما تشددوا الى صناعته ومجانبته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما ووجدهما أو صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضيات من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكفي بذلك الا وجهه من ان في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحداً ولا ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جده مشهور ومثل أن يقول الفرغانية وكذا الخيرية كذا كره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الاوز جنسية (وقيل) في النسبة القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الانغاذ والنغذ يجمع الفصائل خزينة شعب وكأنه قبيلة وقر يش عبارة وقصى بطن وهاتم نغذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تنسب منها فعلى هذا لا يكون النغذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالنغذ في الكتاب القبيلة الخاصة وفي

لم يجز حتى ينسبوها الى نغذها وهي القبيلة الخاصة (نغذها وهي القبيلة الخاصة) يعني التي لخاصة دونها قال في الصحاح النغذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم النغذ وقال في غيره ان الفصيلة بعد النغذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمارات والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الانغاذ والنغذ يسكنون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أي عدم الحسوز (لان) التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصلون فكيف تكون بينهم نساء انحسرت أسامهن وأسماي آبائهن (ويحصل بالنسبة الى النغذ لانها خاصة)

(قوله قال في الصحاح النغذ آخر القبائل الخ) أقول هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركاً أو يراز على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول والظاهر أن يقال والقبيلة الخ

ثم التعريف وان كان يتم
بذكر الجدة عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله خلافاً لأبي
يوسف رحمه الله على ظاهر
أروايات ذكر التعريف يقوم
مقام الجد لان الغضاسم
الجد الاعلى فنزل منزلة
الجد الأدنى في النسبة وهو
أب الأب * (فصل) *
قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد
الزور اشهره في السوق
الح) شاهد الزور وهو
الذي أقر على نفسه انه شهد
بالزور أو شهد بقتل رجل
بغاة حيا به زور وشهير
تعزيره عند أبي حنيفة
فقوله ولا اعززه يعني
لا اضربه وقالوا فوجعه
ضرباً وتعجسه وهو قول
الشافعي ومالك لهما ما روى
عن عمر رضي الله عنه انه
ضرب شاهد الزور وسخم
وجهه بالحاء المحجمة من
السخام وهو سواد القدر
أو بالحاء المهملة من الاخام
وهو الاسود لا يقال
الاستدلال به غير مستقيم
على مذهبهما لانهما
لا يقولان يجوز التسخيم
لكونه مشبهة وهو غير
مشروع ولا يبلغ التعزير
الى اربعين لان مقصودهما
اثبات ما نفاه أبو حنيفة من

* (فصل) * قوله لان
مقصودهما الح) أقول
جواب لقوله لا يقال
الاستدلال به الى الخ

الى السكة الصغيرة خاصة والى المهلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجدة عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ذكر التعريف يقوم مقام الجد لانه اسم الجد
الاعلى فنزل منزلة الجد الأدنى والله أعلم

* (فصل) * قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا عززه وقالوا فوجعه ضرباً وتعجسه وهو
قول الشافعي رحمه الله لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه

(الى السكة الصغيرة خاصة والى المهلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وان كان يتم بذكر
الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف) في عدم اشتراط ذكر الجد (على ظاهر الروايات) ذكر التعريف
يقوم مقام الجد لان الغضاسم الجد الاعلى) أي الجد الاعلى في ذلك الغضاسم فنزل منزلة الجد الخاص
وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التسمية لم يجز حتى ينسبها الى
نفسها فانه ذكره فيما اذا قال فلانة بنت فلان الغلانية من غير ذكر جد فلم أن الغلانية يقوم مقام الجد اذا
كان نسبة الى شخص الآباء

* (فصل) * قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور والح) أخرجه شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذا اصل
الصدق لان الاصل في الفطرة كونهم على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد
الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برده شهادة له مخالفة للدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له
اذ قد يكون محققاً في مخالفة أو للمدعى غرض في أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجبي محيا ولو
قال غلطت أو طننت ذلك قبيلهما يعني كذبت لا تراه بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور وقال
أبو حنيفة رحمه الله يعز بشهيره على الملا في الاسواق ليس غير (وقالوا فوجعه ضرباً وتعجسه) فصار معنى قوله
ولا اعززه لا اضربه فلما حصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بشهيره حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد
عليه من الضرب بخفة وهم أيضاً قالوا في ذلك الضرب والحبس ويقولون ما قال الشافعي ومالك لهما ما روى أن
عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور وأربعين سوطاً) رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو حنيفة عن جراح عن
مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام ان شاهد الزور يضرب أربعين
سوطاً ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب
شاهد الزور أربعين سوطاً وقال أخبرنا يحيى بن العلاء أخبرني أبو الاحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتأتي عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه
الاستدلال بذلك من يرى تقليد الصحابي ظاهر أمان لا يراه فوجهين أحدهما عدم التكبر فيما فعل عمر فكان
اجماعاً وليس بشئ لأن الانتكار لا يقع فيما طر يقبه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداها اجتهدا الى ذلك فلا يجوز
التكبر على مجتهد في محل اجتهاده فلا حاجة في هذا السكوت والثاني أنه أنى كبره من الكبراء على ما صرح به
النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول
الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئاً فجلس قال ألا أقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها

والدوران الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين (قوله ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجدة عند أبي
حنيفة ومحمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله) فان عنده يتم بذكر الأب ولا يحتاج الى ذكر الجد في
التعريف (قوله لانه اسم الجد الاعلى) أي في القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجد الأدنى وهو أب الأب والله أعلم
* (فصل) * شاهد الزور يشهر ويعز وهو أن يقر على نفسه بالكذب متعمداً فيقول كذبت فيما شهدت
متعمداً أو يشهد بقتل رجل ثم يحبى المشهود بقتله حيا حتى ثبت كذبه يبين ولا طر يق لاثبات ذلك بالية
لانه نفي لشهادته والبيئة حجة الاثبات دون النفي فلما اذا قال غلطت أو خطأت أو ردت شهادته لتهمة أو مخالفة
بين الدعوى والشهادة لا يعز (قوله يسخم وجهه) أي سوده من السخام وهو سواد القدر وأما بالحاء المهملة

التعزير بالضرب فإنه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله (ولان هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكاتب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنه وهو ما روى أبو بكره عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشرار بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليستك (وتعدى ضررها الى العباد) باتلاف أموالهم (وليس فيه حدمه مقدر فيعززه ولا في حنيفه رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك في زمن عمر وعلى رضي الله عنهم ما والعصاة متوافرة وما كان يخفى ما يعملهم عليه وسلم سكنتوا عنه فكان كالمروى عنهم ما وحل محل الاجماع (ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالشهير فيكتفي به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قديع مانع من الرجوع) فإنه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للعقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين) وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حد في غير حد فهو من المعتدين (٥٣٤) (و بدلالة التسخيم) هذا تاويل شمس الائمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم

التخفيف بالتفويض والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر أحدكم بالانثى ظل وجهه مسودا (وتفسير التشهير مانقل عن شرح رحمه الله أنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا وأولى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أي مجتمعين أو الى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (و يقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما أيضا شهر والحبس والتعزير بمقداره مغض الى ما رآه القاضي ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان ثابيا

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حدمه مقدر فيعززه أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانع من الرجوع فوجب التخفيف نظر الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شرح رحمه الله فإنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا وإلى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا يقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفيته التعزير بذكرناه في الحدود

حتى قلنا لا يسكت وقرن تعالى بينهما وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تعدى شرعى ففيه التعزير وهذا لا ينتهض على أبي حنيفة فإنه انما يقتضى التعزير بروه ولا ينفيه بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لانه ينفي ضربه وهما يثبتانه فان كل الضرب زيادة في التعزير فليكن اذا ثبت الزيادة فيه (ولا في حنيفه رحمه الله أن شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أن أبا حنيفة عن الهيثم من الاسهم الاسود فقد جاءه كذا في المغرب وفي المغني ولا يسخط وجهه بروه هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعا (قوله ولان هذه كبيرة) قال عليه السلام أمها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكيماثر فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعز على ذلك ويشهر لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك (قوله وله ان شريحا) كان يشهر ولا يضرب فان قيل أليس ان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى تقليد التابعين - ترى عنه انه قال لا تقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشايخنا المتأخرون انما ذكر أبو حنيفة رحمه الله أفاويل التابعين في كتبه لبيان انه لم يستبد هذا القول بل

أو مصر أو جهول الحال وقد قيل ان رجس على سبيل التوبة والندم لا يعز ومن غير خلاف وان رجس على سبيل (وفى) الاصرار يعز بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أو لان كان فاسقا قبل لان الحمل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ سنة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مغض الى رأي القاضي وان كان مستورا لا تقبل أصلا وكذا ان كان عدلا هل رواية بشرع أبي يوسف لان الحمل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة بعدها سواء روى أبو جعفر أنها تقبل قالوا وعليه الفتوى

قال المصنف (أجمع ما كانوا) أقول حال من الظرف أي حال كونه أجمع الاوقات التي كانوا فيها أو أوقات كونهم على أن ماصدريه كافي أخطب ما يكون الامير قائما وهذا أولى ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صغله قال المصنف (يقرئكم السلام) أقول قرأ عليه السلام بأنعمه ولا يقال أقرأه الا اذا كان مكتوبا كذا في القاموس فحينئذ يكون استقامة ما في الكتاب بان يكتب شريحا اليهم كتابا ينقل رسوله ما فيه الى القوم (قوله أجمع ما كانوا أي مجتمعين الخ) أقول فيه بحث بل المعنى ما ذكرنا (قوله فيمن كان ثابيا أو مصيرا) أقول وقع في بعض النسخ لفظا الاقرار يدل لفظا الاصرار والصحيح الاصرار

(وفي الجامع الصغير شاهدان أقرأتهم ما هم يدانرو ولم يضربوا ولا يعزوان) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق إلى اثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات

ابن أبي الهيثم عن حدثه عن شريح أنه كان إذا أخذ شاهد الزور فأن كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم ان شرب يحا يعرفكم ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروا وان كان من العرب أرسل به إلى مجلس قومه أجمع ما كانوا قال للرسول مثل ما قال في المرة الأولى ونحوه ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي خصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور إلى مسجد قومه وإلى السوق ويقول انا في شهادة هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاص في أدب القاضي حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبي خصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وأبي خصين سفيان وقدي قال ليس في هذه الرواية ما يصرح بأنه لم يضرب به بل أنه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انما الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اني شريح بشاهد زور ففرغ عمامته عن رأسه ونحفته بالدرة خفقات وبعث به إلى مسجد يعرفه الناس غير أن أبا حنيفة يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدري شاهد الزور والراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فخرج حين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفاله عن الرجوع وحاملا على التمسك فوجب أن يتركه ويكتفي بما ذكرته من التعزيز بهذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بان ما روى من ضرب عزم والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد رد بما ذكرنا من كتاب عمر به إلى عماله في البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربيعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشيء فان ذلك مختلف فيه في العلماء من يحيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأى عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثله منسوخة فقد يكون رأى عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجوع على سبيل الاصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذا بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فانه يعزى بالضرب بالاتفاق وان رجوع على سبيل التوبة لا يعزى اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم في جواب أبي حنيفة رحمه الله في التائب لان المقصود من التعزير الانذار وقد انزعج بداعي الله تعالى وجوابهم ما فهم لم ينب ولا يخالف فيه أبو حنيفة والتسخيم بالجرح عطف على قوله بدلالة التبليغ يقال تسخيم وجهه اذا سودد من السخام وهو سودا القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسخيم وهو الاسود وفي المعنى ولا

وسبقه غيره وقال متبعالا بغيرنا نانا ذكر في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله من كان من الائمة التابعين وأفتى في زمان الصحابة وزاجهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانما قلده مثل شريح والحسن ومسروق وعلقةمة رحمه الله وعلى هذا الرواية لا يحتاج إلى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محجبه بل محجبا بغير الشهادة فعلة فان قضاء وتشهيره كان بحضور من عمر وعلى رضي الله عنه ما فانه كان قاضيا في عصرهما فاشتهر عن قضايه كالروى عنهما وكان هذا في الحقيقة احتجاجا بقولهما وأبو حنيفة رحمه الله يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا في الجامع الصغير للإمام المحبوبي وذكر الامام العلامة النسفي رحمه الله في الكافي وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعي (قوله وفائدته) أي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور وانما يعرف ان شهادته كانت زورا وكذا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات لا اثبات

قال (وفي الجامع الصغير) وذكر ان فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بأنه الذي أقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة البينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد به قتل شخص وظهر حيا وبجوته وكان حيا ما لم تدركه واما لانه لا يحبس له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهرت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فعمل كنه قال ذلك والله أعلم

(كتاب الرجوع عن الشهادة) تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيرها عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها وهو مما يراه لم يكوّن خروجا من مرسوم وعمره غريب فيه ديانة لان فيه دخلا صامنا عقاب الكبيرة فاذا رجعت الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعتا عما شهدناه أو شهدنا زورا فبما شهدنا فلما أتت يكون قبل الحكم بها أو بعده فان كان الاول سقطت الشهادة من اثبات الحق بها على الغير لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمانا عليها لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا (٥٣٦) لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه أما على المدعى عليه فظاهر وأما

للأبواب والله أعلم
(كتاب الرجوع عن الشهادة)*
(قال اذار جمع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم استقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمانا عليها لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه (فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم ينقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم) لا قرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرر ومن بعد ان شاء الله تعالى

يسمى وجهه بالخاء والحاء
(كتاب الرجوع عن الشهادة)*
لما كان هذا الجواب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها كان متوازيا بين فرجه **كتاب** فترجمه
للموازاة بينهما والافليس لهذا ابواب تعدد انواع مسائله ليكون كتابا كذلك ولتعمقه بعد الشهادة اذ لا رفع الابدال وجود ناسب ان يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبتة لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عند أو خطأ (قوله اذار جمع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم متناقض حيث قالوا ان شهد بكذا لا تشهد به ولا يقضى بالتناقض ولانه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بهينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا ويعز والشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور ان تمده أو التور والجملة ان كان أخطأ فيه ولا تعز برعلى التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه عدم قدر (قوله ولا ضمان عليهم) لانهم لم يتلفوا شيئا على المشهود له وعليه (قوله فان حكم الخ) اذار جمعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الاول ولا الاول أولى من الثاني فتعارضوا ولا ترجيح قبل الحكم لاحد السكالمين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه مؤكد لحكمه وقع في حال معارض له فيه فلا ينقض الاقوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متنافين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعنى اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم لانه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا بسبب الضمان وكان أبو حنيفة يفرجه الله أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صرح رجوعهم في حق أنفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود وعليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجيب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذنا حاد بن سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المفضى عليه لما

(كتاب الرجوع عن الشهادات)
اعلم أن للرجوع وكذا وحكاما وشروطا فذكره قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به أو يقول شهدت

على المدعى فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ووجدوا عنها صاروا كائين للشهادة ولا ضمانا على من يكتبها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض سابقا العبارة عقلا وشرعا كما ينقض به حكم الحاكم للابن يردى الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فينتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام لا يخفى الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للاتلاف لكنه كالمجانين جهنهم فكان التسبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كافي

دفع البئر على قارة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك سابقا العبارة فعلام الضمان
أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار ووجد بتقريرهم بعدوا كفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم

(قوله واما على المدعى الخ) أنول ظاهرا لا يوافق الدعوى قال المصنف (فلا ينقض الحكم بالتناقض) أقول لعلى المتناقض بمعنى المناقض لكونه سابقا العبارة عقلا وشرعا كما صرح به آنفا (قوله لا يردى الى التسلسل الخ) أقول كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه (قوله كالمجانين جهنهم) أقول أي من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين) أقول أي في فصل الرجوع قبل الحكم بها وبعده

قال (ولا يصح الرجوع إلى الجوع إلا بحضرة الحاكم) الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة الحاكم سواء كان هو الأول أو لأنه فسح للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسح الشهادة يختص بمختص به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع اقرار بضمين مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان (٥٣٧) الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والقرار بالضمين مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لبقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لا نقول بمجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جنائية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به (واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما أو أراد عنيهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الاعلى دعوى بحجة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر في تقيد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمين وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا التقيد وذكر أنه انما تركه نحو بلا على هذا الاستبعاد وتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه وباتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادق أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذى أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جدد تقبل البينة عليهما يوقضى بالضمين عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسح للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك أفسحها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابتداء الفسوق بان اشتراط المجلس ليتصور الادعاء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان منه والقرار بالضمين لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسحه وهذا أيضا يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسح البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراخي يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط

(ولا يصح الرجوع إلى الجوع إلا بحضرة الحاكم) لانه فسح للشهادة فيختص بمختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أى قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما أو أراد عنيهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بینه عليه لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع إلى الجوع إلا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره و زاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي بوجوبهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال (واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما أو أراد عنيهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الاعلى دعوى بحجة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر في تقيد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمين وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا التقيد وذكر أنه انما تركه نحو بلا على هذا الاستبعاد وتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه وباتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادق أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذى أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جدد تقبل البينة عليهما يوقضى بالضمين عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسح للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك أفسحها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابتداء الفسوق بان اشتراط المجلس ليتصور الادعاء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان منه والقرار بالضمين لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسحه وهذا أيضا يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسح البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراخي يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط

بروز فيما شهدت وشرط جوازه أن يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير بكينا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض (قوله ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) لانه فسح للشهادة فيختص بمختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أى قاض كان فان قيل ينبغي أن لا يكون الرجوع مختصا بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمين مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والقرار بالضمين لا يختص بمجلس القضاء قلنا ما كان شرطاً في الابتداء يكون شرطاً في البقاء كالبيع فان وجوده شرط لصحة البيع فكأن بقاءه شرطاً لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فكذا يجب أن يكون مجلس القضاء شرطاً لفسخ الشهادة

(٦٨ - (فتح القدیر والكفاية) - سادس) في غير مجلس الحكم باطلا (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) بینه (لان السبب صحيح) والضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون القاضي (وقوله وهو مسلم فان الرجوع اقرار بالخ) أقول ويجوز تفريرهم معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول انظر في هذا الجواب (قوله ولان الرجوع توبة) أقول عطف على قوله لانه فسح للشهادة

بمحجة كما مر والقرار بالضمين مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لبقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لا نقول بمجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جنائية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به (واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما أو أراد عنيهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الاعلى دعوى بحجة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر في تقيد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمين وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا التقيد وذكر أنه انما تركه نحو بلا على هذا الاستبعاد وتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه وباتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادق أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذى أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جدد تقبل البينة عليهما يوقضى بالضمين عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسح للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك أفسحها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابتداء الفسوق بان اشتراط المجلس ليتصور الادعاء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان منه والقرار بالضمين لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسحه وهذا أيضا يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسح البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراخي يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان ككافر البئر وقد سببنا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالمجالي القضاة وفي ايجابه صرف الناس عن تقاذه وتعذرا ستبناؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان

لا ابتداء حضور رأس المال دون فسخه وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لا مريض يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كايلازم الافتراق عن الكائي بالكائي وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتداءه وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداءه ليس صور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرطه لا ابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطاً لبقاء الشهادة ولو أرحنا العنان في الاختلاف ما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطاً للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فينبه بان السواد واليباض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحادا للجل ولا يخفى ان اتحادا للجل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط اسكل من المتضادين في نفسه كما ان المجلس شرط لسكل من الشهادة ونقضها والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فخصت التوبة بعينه بمجلسه ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيه فينبوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضي الله تعالى عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن فقال أوصني فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت الى أن قال واذا علمت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعناية بالعناية وأنت تعلم أن العناية لا تنوقف على الاعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله مما فيه عناية وهو اذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبيئة عليه كيف لا يكون معلنا (قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في

وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا الحضر رأس مال السلم فانه ليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لاننا نقول اشتراط وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السلم بل بفسد السلم بعد العدة اذا افتراقا لان قبض احتراز عن الكائي بالكائي وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ (قوله ككافر البئر) أي في قارة الطرقي فان نقل الساقط فيها على التلف والمشى بسبب الحفر شرط لانه أزال المانع من السقوط فانقل أمر طبيعي لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشى مباح لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعدي فيه وهنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة المجاهدين جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد ظهور وعد التهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم ويعزل ويعزرو ولا يمكن استبناؤه من المدعى لان الحكم ماض فوجبنا الضمان على الشاهدين لانهما سببا وقد أقرنا على أنفسهما بالتعدي (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب) عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه القصاص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة من الولي على أصله لانه انما اعتبر السبب ثمة احتياطا في أمر الدماء وتعظيمها لا يرى انه يقول بالقصاص في باب القسامات والحديث على رضى الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا ولو علمت انكما تعمدتما لقطع أيديكما فاننا حديث على رضى الله عنه كان للتهديد لانه مع من مذهب على رضى الله عنه ان البيذين لا تقطعان بيد واحدة وقديم دال الامام بما لا تحق له قال عمر رضي الله عنه ولو تعمدت الى المتعة لرجت والمتعة لا توجب الرجيم بالاتفاق (قوله لانه كالمجالي الى القضاء) ولم يقل انه مجالي لانه لو صار لمجالية حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كفى المسكرة وليس كذلك وذلك لان المجالية حقيقة فهو من مخاف العقوبة

ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قول البيهقي أي لان سبب قبول البيهقي صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وقبل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البيهقي لا وجوب الضمان فتأمل (واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم الا أنه ذكرها

(قوله ومعناه حكم عليه) أقول فعلى الاول معطوف على رجوع وعلى الثاني على قوله أقام البيهقي (قوله لان سبب الضمان الخ) أقول وفي غاية البيان لان سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضي (قوله فانما قبول البيهقي) أقول فيه بحث لان المعنى حيث تذهب الشهادة لان الدعوى أعني دعوى الرجوع صحيحة بالصفة الرجوع الذي هو سبب الضمان فليتأمل

ليبين خلاف الشافعي ولما يأتي من زجوع بعض الشهود ودون بعض قال الشافعي لاضمان عليهما لاثم ما نسب في الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشرة وقائنا وجب عليهما الضمان لانهما تسببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك وجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واصافة الضمان اليه متعذرة لانه كالمجال الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بمجال حقيقة لان المجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيجعل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاءه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عددا فاقص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم كما وجب اثم كالمباشرة حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل السبب (٥٣٩) كالمباشرة قلنا فاعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كجاسي و الشافعي جعله

مباشرا بما ورد عن علي رضي الله عنه في شهادتي السرقة اذ رجعا لعلنا أنكما نعتدما لقطعت أيديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن البدين لا يقطعان بيد واحدة و جاز أن يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه مولى تقدمت في المعتزل جث والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني أن الضمان انما يجب على

اذا قبض المدعي المال ديننا كان أو عيننا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين الجدي لا ضمان عليهما لانهما سببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالمجال الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألقاه الشرع لا يضمنه ولانه لو جب عدم قبول القضاء من أحد وأما المدعي فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينة قض الحكم واذ لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذاته الوجه الماضي شرعا واذنا تعذر الاجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كخاف البئر في الطريق واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الاول اذا كان له الما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقص عليه أيضا بايجاب القصاص على الشهود اذ رجعا بعد قتل المشهود وعليه مع وجود المباشرة وهو الولي المقتص والقاضي واجب عنه بان ذلك الدليل خاصر وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع رجعا ورجعا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعديتما لقطعتهما ايديكما أخرجه الشافعي وقال بهذا القول نقول فان فوض بانه لا يرى تقلد المصالح أي يمكن الجواب عنه بانى انما قلنا به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجواز باعتبار أمر الآخر ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف (اذا قبض المدعي المال ديننا كان أو عيننا) لان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعي عليه انما يتحقق باخذه منه وهذا اختيار شمس الأئمة وفرق شيخ

الدنياوية والقاضي ههنا انما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به لمجا حقيقة لان كل أحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرها (قوله) وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال ديننا كان أو عيننا) لانه يتحقق الخسران عند تسليم المال الى المقتضى له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما اتلعا عليه مدينا حين أنهما بشهادتهما ذلك فاذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عيننا في مقابلة دين ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وفي الاعيان ان يثبت الملك للمقتضى له بالقضاء ولكن المقتضى عليه زعم أن ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلم يكن له أن يضمن الشاهد شيئا ما يخرج المال من يده بقضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام

على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وبيان ذلك أنهم اذا ألزمادينا بشهادتهم ما فلو ضمننا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عيننا بمقابلة دين أو جبا ولا مماثلة بينهما وافرقت شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عيناً فلم يشهد عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمن الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان بشهادتهما ما ألزم الا عين من ملكه اذا اتصل القضاء بهما واولها لا ينقض فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبإزالة العين عن ملكهما باخذ الضمان لا تنفي المماثلة واذا كان ديناً فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنفي المماثلة كما ذكرنا والجواب

(قوله فيجعل الضرر الخاص) أقول له لعله يريد به تضمين الشهود (قوله في الشهادة) أقول متعلق بقوله ترك (قوله كجاسي) أقول أي في هذا الكتاب أيضا في الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول هذا جواب عن دليل الشافعي (قوله قد استوفى) أقول المقتضى عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول اذا العين خير من الدين (قوله فبإزالة العين عن ملكهما الخ)

أن الملك وإن ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد من شيا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال (وإذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين (٥٤٠) وما زاد فهو فضل في حق القضاء لأن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف

قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع وقد بقي من يثبت بشهادته نصف الحق (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة

الاسلام بين كون المشهود به عينا في ضمان قبل قبض المدعي أياها بعد القضاء به أم لا وينافى لا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق أن ضمانهما ضمنان اتلاف وضمنان اتلاف مقيد بالمائلة فإذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وإن أزالاه عن ملكهما باخذ الضمان منهما لا تنفي المائلة أما إذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان أو جبا عليه ديناً غير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المائلة لأن المستوفى منهما معين في مقابلة دين أو جباؤه وشمس الأئمة نوافق في وجه الدين ويقول في العين إن الملك وإن ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيا ما لم يخرج من يده قال البرازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولاً وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة * (فر دج) * شهد أنه أجله إلى سنة ثم رجعها ضمنه حالاً ثم رجعاً على المطلوب بعد السنة ولو تولى ما على المطلوب لم يرجعاً على الطالب بخلاف الخوالة ولو شهد أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعاً ضمنه ولو شهد على هبة عبد وتسليم ثم رجعاً ضمنه قيمته للمالك ولا رجوع للوهاب على الموهوب له ولا عليه ماله لأنه كالعوض وإن لم يضمن الوهاب الشاهدين له الرجوع شهد أنه باع عبده بخمسة مائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعاً بخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمة حاله ولا يضمنهما الخسائر فإن ضمن الشاهدين رجوعاً على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمن وطالب لهما قدر مائة وتصدق بالفضل (قوله والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع) وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه اتلاف له فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بآبائنا المال بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال أن يضمن مع عدم اتلاف شيء وأما ما ورد من أنه ينبغي إذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضي أن يضمن الواحد الرجوع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد إنما هو في الابتداء ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وحيث قد ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصته منه بشهادته فتبقى هذه الحصته ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لهما برجوعه إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه ألتفه برجوعه (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي الحق من غير اتلاف شيء منه ببقاء الشاهدين

إن كان المشهود به عينا فالشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين أو لم يقبض لأن الشهود أزالوا الملك عنه بشهادتهم عند اتصال القضاء بهما حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو أزالنا العين عن ملكه باخذ الضمان منها لا تنفي المائلة بخلاف ما إذا كان المشهود به ديناً (قوله والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع) لأنه لو أعتد برجوع من رجع كان الضمان واجباً على

القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى الثمن وعلى هذا إذا شهد اثنين فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قبل أن تسلم ذلك فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء وأوجب بقاء البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كافي النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب و يصلح في البقاء بقدره (وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق لأن استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف بسقط الضمان

أقول الضمير في قوله ملكهما في موضعين راجع إلى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ (قوله لأن وجوب الحق الخ) أقول لا يخفى

عليك قصور هذا الدليل عن إثبات المدعي لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة والاولى أن يبين بوجه الصور كإثباتهم بغيره عليه المسائل (قوله وعلى هذا إذا شهد الخ) أقول ينبغي أن يكون تقريره على الأصل الذي ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل اظهر وعدم تفرعه عليه قليلاً (قوله فكذا بقاء) أقول فينبغي أن يضمن الرجوع كل الحق لا نصفه

المتلف

فبما اذا ائلف انسان مالز يدفعه القاضى له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عرووا أخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت
لزيد بقضاء القاضى على المتلف فلا ينمعه بطريق الاولى لان الدفع ايسهل من الرفع (فان رجوع الاخر ضمن الراجعان نصف الحق) قيل
يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الاول أصلاً لان المعتبر بقاءه من بقاء غيره وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقياً فاذا رجع الثاني فهو
الذى ائلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين أو الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان
بشهادتهم جميعاً ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين أن الاتلاف من ابتداء كان بشهادتهما أو لان
القضاء كان بالشهادة وهى موجودة منهما فى حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب يمنع ايجاب الضمان
عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضى (وان شهد رجل وامراً أنان فرجعت امرأه ضمنه تسرع الحق لبقاء ثلاثة الارباع
ببقائه من بقاء غيره وان رجعتا ضمنهما نصف الحق) لان نصف الحق باق لشهادة الرجل (٥٤١) (واذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا

ضمنان عليهن لانه بقى من
يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت أخرى كان عليهن
ربع الحق لانه بقى النصف
بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فبقى ثلاثة
الارباع

والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى أن يمنع (فان رجوع الاخر ضمن الراجعان نصف المال) لان بقاء
أحدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامراً أنان فرجعت امرأه ضمنه تسرع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع
ببقائه من بقاء غيره (وان رجعتا ضمنهما نصف الحق) لان شهادة الرجل بقى نصف الحق (وان شهد رجل وعشر
نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان عليهن
ربع الحق) لانه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقى ثلاثة الارباع

والاستحقاق باق بالحجة (والمتلف متى استحق سقط الضمان) كما اذا ائلف مالز يدفعه القاضى بضمانه عليه فظهر
أن مستحقه عرو وفاته يأخذه ويسقط الضمان لزيد (فاولى أن يمنع) الضمان وما نحن فيه من هذا فان
بالرجوع ائلف على المشهود له حصته التى أئلفها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهدود عليه وبقائه من بقاء
كل الحق به فظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهدود عليه (فان
رجع آخر) من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال لان بقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الراجع
الاول كيف أضمن برجوع الثانى ما لم يلزمنى ضمانه برجوع نفسه وقت رجوعى لا يقبل هذا كما لا يقبل
قول أحدهم لو رجع الثلاثة لا يلزمنى شئ لان غيرى يثبت به كل الحق فرجوع غيرى موجب عليه لا على
وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستعمل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة
تخاصصوا الضمان لانه ليس أحدهما أولى به من الآخر (وان شهد رجل وامراً أنان فرجعت احدهما
ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقائه من بقاء غيره وان رجعتا ضمنهما نصف لان شهادة الرجل يبقى نصف
الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقى من يبقى بشهادته كل
الحق فان رجعت أخرى ضمن التسع) ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقى (والربع بشهادة

الراجع مع بقاء الحق هند وجوده مقيم وهو الشاهدان بان شهد ثلاثة ثم رجع واحد (قوله والمتلف متى
استحق سقط الضمان فاولى أن يمنع) كمن غصب ماله انسان وأتاه ثم استحق رجل ذلك المال بالبيعة فلا
ضمان للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمن المستحق شيئاً وان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقى

الاظهر أن يقال اذا رجع الاول يظهر الاتلاف فضلاً عن اتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحق التامة فاذا رجع الثانى أيضاً تبين سببه الاول فى
الاتلاف أيضاً لعدم الاولوية فليتأمل ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالف لما أسلفه أنقاه من أنه اذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء
وظهر اضافة القضاء الى المثنى والجواب ان ذلك فيما اذا استمر الاثنان على شهادتهما وهذا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول
التبيين انما يكون فى حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بشبوتة والا فلا كذا فى هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله
واحتمل كذب غيره الخ) أقول احتمالاً أكثر من الاحتمال الثابت قبسه لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول
لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الاول وجد الاتلاف) أقول أى علم وجوده بل علم قصده الاتلاف كما لا يخفى وفيه بحث ويمكن أن يقال لعل
المراد وجد الاتلاف الزعمى ثم للمؤمن أخذ بزعمه وقراره فكان ينبغى أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ هكذا ينبغى أن يفهم الكلام
والعلم عند الخبير بالعلام (قوله واذا رجع الثانى ارتفع المانع) أقول كثر الخلف فى المسمع ومضى المدة فى المستعاضة

(وان رجوع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولا ي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامت مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين (٥٤٢) منهن بشهادة رجل واحد اذا كانتا كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا) وفي وجه دالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد والجواب أنه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكرره فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجوع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند التلاف لان التضمين يستدعي المماثلة

(وان رجوع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولا ي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامت مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد اذا كانتا كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا) وفي وجه دالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد والجواب أنه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكرره فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجوع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند التلاف لان التضمين يستدعي المماثلة

الباقية وان رجوع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولا ي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامت مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلمن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد اذا كانتا كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا) وفي وجه دالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد والجواب أنه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكرره فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجوع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند التلاف لان التضمين يستدعي المماثلة

على شهادة من بقي به نصف المار ويجوز أن لا يثبت الحكم لابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول لا ينقض على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي أن يضم الزوجان الثاني فقط لان التلف أضيق اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر أثره بمجانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهران التلف بهما (قوله لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف)

رجعوا) وفي وجه دالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد والجواب أنه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكرره فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجوع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند التلاف لان التضمين يستدعي المماثلة

كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة) لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونهما فلا تضمن عند الرجوع شيئا قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا بمماثلة بين العين والمنفعة)

(قوله الامع رجل فبين الخ) أقول يعني وتبين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلمن) أقول لفظا وانما في قوله عليه السلام في نقصان السببية (قوله ان لو قال عدلت شهادة الخ) أقول فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالأرجل فاذا رذن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كقوله عدد أيام أدنى مدة السفر والحض (قوله فالرجل يبقى ببقائه) أقول الضمير في قوله ببقائه مراجع الى الرجل (قوله لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما عدى عليكم

على ما عرف وانما تضمن وتقوم بالثلاث لانهم اتصروا متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذا اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) لانه اتلاف بعوض المأان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض

وعلى الرجل خمسان (قوله وان شهدا الى آخره) اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها او ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فمقتضى شهادتهما ما يخرجهما لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قال في باب أبي يوسف لو أنبتوا نكاحها فأكسوا رجوعا لم يضمنوا ما تجسوا ثم يدينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بالف لولا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسعة مائة وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئا تبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية وهو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا لولا رواية وهو المذكور في الاصول كالبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم وانما نقلوا فيها خلاف الشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالسكينة ويستغفروا بنقل خلاف الشافعي وذكرنا وجهه بان البضع متقوم لثبوت تقويمه حال الدخول فكذلك في غيره لانه في حال الخرج عين ذلك الذي ثبت تقويمه وأجابوا بما حصل توجيه المصنف بان تقويمه حال الدخول ليس الا لظهار خطر حيث كان منه النسل المطالب في الدنيا والآخره وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لا اعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المسالمة لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمن يستدعي المائالة بالنص ولا بمائالة بين الاعيان التي نخرز وتقول والاعراض التي تتصرم ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور وخلافية أخرى هي ما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجه شيئا وكذا اذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعندنا عليه وعلى القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نكاحهم أو جبروا الضمان بالاتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا ذكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذلك يجب في الاتلاف الحكمي وأجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وورد في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى أنه استاجر الدار من هذا اشهر بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لاضمان عليهما لانهم ما تلقا المنفعة ومثل المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا الاضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى

ولامائالة بين البضع والمبال فاما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما لظهار الخطر حتى يكون مصورنا عن الابتذال ولا علك بمجانا فان ما علكه المرء بمجانا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي رحمه الله يضمنان لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر مثلها وأصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل امرأة رجل لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تعزم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيقوم عند خروجه من ملكه أيضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه فن ضرورة التقويم في إحدى الحالتين التقويم في الحالة الاخرى كمال البين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم أيا صاعدا الازالة بطريق الابتذال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا (قوله وكذا اذا شهدوا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) لانه اتلاف بعوض المأان البضع متقوم حال الدخول (في

(قوله وانما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالثلاث كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فن ضرورة التقويم في إحدى الحالتين تتقومها في الاخرى لكانها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك أنها انما تضمن وتقوم بالثلاث ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بوجود في حالة الازالة ألا ترى أنه مشروط عند الثلاث بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه أصول الفقه

(قوله ووجه ذلك الخ) أقول ناظر الى ما تقدم بسطه من وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله ابانة لخطر المحل) أقول حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا علك بمجانا فان ما علك المرء بمجانا لا يعظم خطره عندنا ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بوجود في الاتلاف فلاجل هذا كان متقوما على المال دون المتلف (قوله لانه محل خطير) أقول يعني من النفوس

وفسد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على زوج بنزوح امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلاهما يشهدا بشيء بمثل قيمته ثم وجعلا بضمان (قوله وهذا لان مبنى الضمان) معناه ان الاتلاف بعوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة لانهما تلغاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان قال (وان شهدا يبيع شيء بمثل القيمة الخ) شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمة أو أكثر لم يضمنا شيئا لهما من الاتلاف بعوض كلاهما وان كان قيمته أقل من القيمة تلغاها من الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة بان البائع بالخيار ثلاثة أيام فمضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فأنهما يضمنا فضل ما بين القيمة والثلث لان التلافى بالزيادة بعوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمسكاً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فثبت (٥٤٤) يفعل كان واضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف الى السبب السابق وهو

كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بعوض (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة) لانهما تلغاها من غير عوض (قال وان شهدا يبيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظر الى العوض) (وان كان باقل من القيمة ضمنا نقصان) لانهما تلغاها من الجزء بلا عوض

به ولا يضمنا ما تلغا عليه من مهر المثل لانهما عوضا ملك البضع وهو متقوم حين ورود العقد عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة) على مهر المثل (لانهما تلغاها بلا عوض وهي من الاعيان التي تقع المماثلة بالقيمة فيها) (قوله وان شهدا يبيع شيء بمثل القيمة أو أكثر) بان ادعى ذلك مسدع فشهدا به (ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظر الى العوض وان) شهدا به (باقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لانهما تلغاها القدر) عليه (بلا عوض) هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظمهما في شهادة واحدة بان شهدا أنه باعه هذا بالف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري أوفاه الثمن ففي الاول يعرض عليهما بقيمة البيع لا بالثمن وفي الثاني يعرض عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق أن في الاول المقضي به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لا بغيره بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا ثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يعرض بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا اذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنا القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن الملك فان قيل منافع البضع كيف تصلح عوضا عن المهر وان المرأة ليست بمال البضع أيضاً ليست بعين مال بدليل انه ثبت الحيوان ديناً في الغنة بدلا عنها قلنا منافع البضع حال الدخول في الملك أعطى لها حكم

البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري زواته والبائع لما كان متمسكاً لأصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذا العاقل يتحرر عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته

(قوله معناه أن الاتلاف بعوض الخ) أقول أنت تخبر بان ما أفاده الشرح بينه وبين المشرح ما بين الضب والنون من المناسبة فان معنى كلامه انما لوضوح الشاهدين في الصورة المذكورة كان اتلافا لهما بعوض وهما اتلافا لزوج بعوض هو البضع فتعوت المماثلة التي هي مبنى الضمان فلتأمل فانه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لان مبنى الاتلاف المماثلة (قوله ثم رجعا ضمننا الزيادة لانهما

أتلغاها) أقول الضمير في قوله أتلغاها راجع الى الزيادة (قوله أو فيه خيار البائع بان شهدا الخ) أقول قوله بان شهدا ناظر الى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف (وان كان باقل من القيمة ضمنا الخ) أقول كالابن الهمام هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظمهما في شهادة واحدة بان شهدا أنه باعه هذا بالف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري أوفاه الثمن ففي الاول يعرض عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يعرض عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق أن في الاول المقضي به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لا بغيره بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا ثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يعرض بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا اذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنا القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به (قوله اذا العاقل يتحرر عن الانتساب الى الكذب) أقول فيه أن حكم القاضي ينقسم ظاهره او باطنه في أمثاله عند أبي حنيفة فلو فسح البيع في المدة لم ينسب

فلو أو جبا البيع في المدة لم يضمنا شيئا لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتفاق (وان شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بهما ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكدا ما على الموجب شبهة به ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيدا فذبحه شخص في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على (٥٤٥) القاتل لأنه أكدا ما كانا على شرف السقوط بالتخلف ولأن

الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن فكان

إلى الكذب أصلا عنده بل عند الامين أيضا الذي جعل الفسخ مبنيا على حكم القاضي بالبيع والخييار فليست أم (قوله) فلو أوجب البيع في المدة أقول أي في مدة الخيار (قوله) لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط أقول يعني أكدا المهر الذي كانا على شرف السقوط قال لربيع وينقض هذا بمسئتين ذكرهما في التحرير احدهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حاله فانخذت ألف منه فارتدت ولحق بدار الحرب

وسيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع

على القاتل وإن وجد التاكيد منه اذ لو لا قتله كان احتمال السقوط بائنا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشيء بانتهائه بتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وإنما تأخرت المطالبة لهذا الوات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهم ما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينه يسقط بل يكون لورثته ما يقتضي بهادونه اقلية قط فبطل الانتقاض من الأصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح المحل بحث

ولا فرق بين أن يكون البيع بائنا وفيه خيار للبائع لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فتناف التالف اليهم (وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بهما ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط ألا ترى أن المطاوعة ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح

مقتضياته ضمنا برجوعهما ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع بائنا وفيه خيار للبائع لأن السبب) يعني البيع (هو السابق) حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد أزاله بشهادتهم فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار إليه (فانضاف التالف إلى الشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي أن لا ضمان عليهما لانهما إنما ابتعا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وإنما يزول اذ لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا في إزالته ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان والجواب أن سبب التالف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه اختاره عن أن يضاف إليه الكذب لأنه قد أنكر العقد فاذا فسخ كان متهما بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهد بالعد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهد به ضمنا ولو أن الشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لأنه أناف ماله باختياره كإلجازه للبائع في شهادتهما بالخيار له بمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله) وان شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول ففضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا إذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط وعلى المؤكدا ما على الموجب أما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعباد بالله تعالى أو طاعت ابن زوجها يسقط المهر أصلا وأما أن على المؤكدا ما على الموجب فبمسئلتين هما ما إذا أخذ محرم صيدا المحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لأنه أكدا ما كان بحيث يسقط بان يتوب قبل طلقه وما إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه (ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر من أن بالطلاق قبل

المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير والوالد لا يملك مال الصغير إلا بعوض يعده ألا ترى أنه لو خالع ابنته الصغيرة بماله لم يجز (قوله) ولا فرق بين أن يكون البيوع بائنا وفيه خيار للبائع) فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزول ملكه عن المبيع وقد كان ممكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضى بهذا البيع فينبغي أن لا يضمنا شيئا قلنا زوال الملك وانما هو السقوط والخيار بالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فيكون الاتفاق أصلا بشهادتهما والبائع كان منهكرا الأصل البيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار مع إنكاره لأنه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مكررا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس والعاقل يتحاشى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين (قوله) ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو ففسخ لان النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو

(٦٩) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) على القاتل وإن وجد التاكيد منه اذ لو لا قتله كان احتمال السقوط بائنا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشيء بانتهائه بتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وإنما تأخرت المطالبة لهذا الوات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهم ما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينه يسقط بل يكون لورثته ما يقتضي بهادونه اقلية قط فبطل الانتقاض من الأصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح المحل بحث

وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما في الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان الشكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ما كان من غير تصرف فيه أشبه الفسخ (وان شهدا أنه أعنتق عبده) ففضي بذلك (ثم رجعا ضمنا فميتا لانهما ما اتفعا عليه العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يقول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قبل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق وأجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانسفي الضمان وأجيب بانه لا يصلح عوضا لانه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وأنه لا يختلف بذلك

(قال المصنف لانهما اتفعا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول والولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب في الحديث المشهور

ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال (وان شهدا أنه أعنتق عبده ثم رجعا ضمنا فميتا) لانهما اتفعا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يقول اليهما بهذا الضمان

الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شيء (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبنا بشهادتهما عليه ما لا يجب ضمنا عليه عام ما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والامتنع من عدد الطلاق شيء وانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبدائي وحكمه أن لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلغا عليه ما لا يلحقه وفي الحقيقة لم يضمننا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاهما ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف وجهما الله أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما رجعا ضمنا فميتا أن الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس ايقاعا منه فيبقى حقها بائنا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أثلغاه انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في انكاره الطلاق على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يقول عليه (قوله وان شهدا أنه أعنتق عبده) ففضي بالعتق (ثم رجعا ضمنا فميتا لانهما اتفعا عليه) ما لا متقوما (بلاعوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لان العتق من جهته) وهو وان كان منكر العتق صار مكذبا شرعا وانما لا يقول للشاهدين بضمناهم لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب لو رثبه ولو كانا شهدا بابتدائها بالعبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبر وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعد رجوعهما فاعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبد الوارثته ولو شهدا بالكتابة ضمانا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنتها المالكات على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمانا قيمته ولا يعتق المالكات حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى ولاؤا الذي شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المالكات لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما أخذ منها حال والحيول لهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد ابقائه ثم جسع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه ففضي بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم أمه وأم ولد لولو جاز بيعها مع الامرمة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمه للورثة وان هما ناصي

البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يجز بين المتعاقدين اعمدا كان لهما الى ملكهما كلا فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنان للزوج ما اتفعا عليه من وجوب نصف المهر (قوله كما مر في الشكاح) أي في باب المهر (قوله وان شهدا على أنه أعنتق عبده) وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا فميتا لانهما اتفعا عليه ملكا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا أو معسرين لان هما ضمان اتلاف الملك وأنه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمنع وجوب الضمان عليهما بشبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتفعا عليه من ملك المال فان قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا

قال (واذا شهد بقتل شخص ثم جاع الخ) اذا شهد على رجل بالقتل فاقصص منه ثم جاع الخ (ولا يقتصص منه ما قال المشافعي يقتصص منه ما وجد القتل تسبباً فاشبهه المكروه) أي فاشبهه بالسبب ههنا وهو الشاهد المكروه ان كان اسم فاعل أو فاشبهه القاضي المكروه لانه كالمجانب شهدتهم حتى لو لم يرأى جوب كفران كان اسم مفعول وقيل أشبهه الولي المكروه وهو ليس بشئ لانه ليس بالمجانب القتل وقوله (بل أولى) أي التسبب ههنا أولى من الاكراه لان التسبب موجب من حيث لا قضاء والافضاء ههنا كثر لان المكروه يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيلاء فكان هذا أكثر افضاء ومع ذلك يقتصص من المكروه للتسبب فن الشاهد أولى (ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه أحد وليس له (٥٤٧) تعلق بما نحن فيه الا أن يكون إيماء الى أن المباشر للقتل وهو

الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبباً لان التسبب الى الشئ هو ما يغني اليه

(قال المصنف واذا شهد الى قوله ضمننا الدية) أقول قال ابن الهمام والدية على عاقلة الشهود انتهى وفيه بحث لان العاقلة لا تعقل اعترافاً (قوله وقيل أشبهه الولي المكروه وهو ليس بشئ لانه ليس بالمجانب الى القتل الخ) أقول نعم الا أنه كالمجانب حيث ظهور اثاره القصاص بالطبع تشبهاً على ما يعرف به ومن تأمل كلام المصنف أعنى قوله لان الولي يعان لا يتردد في الظهيرة ارادة الولي من المكروه على تقدير كونه اسم مفعول ثم اعلم ان صاحب القيل السفناني والسكاكي (قال المصنف ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبباً) أقول أي تسبباً يوجب القصاص اذا الكلام فيه

فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم جاعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتصص منهم) وقال الشافعي رحمه الله يقتصص منهم لم يوجد القتل منهم تسبباً فاشبهه المكروه بل أولى لان الولي يعان والمكروه يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبباً لان التسبب ما يغني اليه

شهدتهم على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهد انه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت أخذ منهن من قيمته وقيمة أمه لانه يقول الميت أخذ من غير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي أن يضمنا المورثة مقدماً ما ورث الابن لان ما أتلغا عليهم بشهادتهم (قوله واذا شهدوا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمننا الدية ولا يقتصص منهم) وهو مذهب مالك خالفه الشافعي والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد ان قالوا خطأنا ضمننا الدية في مالهما وان قالوا نعمنا ناقص منهما (وقال الشافعي رحمه الله يقتصص لوجود القتل) منهما (تسبباً فاشبهه المكروه) فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكروه تسبب باكرامه في قتل المكروه فيقتل كما يقتل المكروه (بل هو أولى منه لان ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكروه) لا يعان على القتل باكرامه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (ولنا ان القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبباً (لان التسبب ما يغني اليه) أي الى

بقضاء القاضي بالحجة صار مكذباً شرعاً لان القاضي لما قضى بالاعتق من المولى تبعه الولاء وشهود الكفاية عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حلالين المولى وبين مال العبد بشهادتهم ما عليه فكذلك الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهم حلالين المولى ومذمومين لكن انتقص بالتدبير مال العبد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهم ما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمننا قيمته الا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل الرجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد أداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمننا القيمة واذا أدى عتق والولاء لذى كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاداه اليهما كادائه الى المولى وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لانه رقبته لم تصير لموكة للشاهدين اذا المكاتب ليس بعمل النقل من ملك الى ملك فرجوعه ما غشيه صحيح في حقه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لان الحيلة قد زالت بهجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم يرجع فيكون مردوداً على مولاه و رد المولى على الغاصب ما أخذ منه (قوله فاشبهه المكروه) وبيان الشبهة أن المكروه مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكروه يقتل قصاصاً كذلك الشهود (قوله بل أولى) وبيان الاوليه ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي

لا مطلق التسبب فانه مما لا يحال لا نكراه قال الامام السرخسي ذكرك في الاسرار ومن مشايخنا من قال في تعليل المسئلة بان الشهود مسببون الا انه ضعيف لان المذهب عنده ان المسبب والمباشر واحد لا يرى انه يلزمه الكفارة الا ان حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعاً كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فاما الشهادة فطريق مسلول لا خدماً ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل وفي السكاكي في قوله في الهداية ولنا ان القتل الى قوله يؤخر حياته طاهر امشك لان الامر على القلب فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مبايلاً وبه يدرك تاراه والظاهر أن المكروه لا يقدم لانه لا يباح له قتله ويحتمل أن يردع المكروه عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف (لان السبب) أقول الا ان الاول لا يلزم من المضاف اليه والضمير في اليه راجع اليه غالباً وهو السبب المجتبى أو ما يجري مجراه قال المصنف (ما يغني اليه

غالباً ما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكروه فإن الاكراه يقضى الى القتل غالباً لأن المكروه يؤثر حياته ظاهره والقائل أن يقول ظهوراً يشار حياته أما أن يكون شرعاً أو طبعاً والاول ممنوع لأن المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالمفعول عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبيعته وعلى المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً ولهذا تنزل فقال (ولان الفعل الاختياري) يعني سلمنا أن ثمة تسيبياً ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا هو القتل وجد من الولي باختياره (٥٤٨) الصحيح فقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا أقل أن يورث

غالباً وههنا لا يقضى لان العفو مندوب بخلاف المكروه لانه يؤثر حياته ظاهراً ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارنة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في ما تسبب فيه (غالباً) والشهادة لا تنقض الى قتل الولي على وجه الغلبة وان أفضت الى القضاء به بل كثيراً ما يقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضهما فلم تغض غالباً اليه بل قد وقدر في الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ولا شك أن هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكروه) يعني نغالف الولي المكروه (لان) الغالب أن (الانسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكروه باكرهه مسبباً حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضى للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يقضى غالباً الى الفعل ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختياري) ذي الاختيار الصحيح أعني قتل الولي المعارض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) الى الشاهد كما عرف فبين فلك انسان قيده فابق باختياره وأمثاله كن دفع انساناً في بئر حفرة ما غير تعدى فانه يدفعه - الاختياري انقطع نسبة التلف الى الحافر فلا وجود له بسبب مع المباشرة بخلاف المكروه فانه وان اعترض فعله الاختياري عن الاكراه لكن اختياره اختياراً فاسداً لا كراه عليه فكان كالاختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجازة بيعه ولا اجازة ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكروه فاعتبر المكروه كالألة للمكروه قتل هذا ذلك القتل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندري بالشبهات (بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبهه المكروه بكسر الراء وقوله يعان على استيفاء القصاص والمكروه يمنع عنه شرعاً عادة نعتي يتمتع المكروه من المباشرة فلا يقضى الى القتل غالباً فاذا قتل المكروه وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو التسيب فوق المكروه أولى (قوله لان العفو مندوب) قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تعفوا أقرب للتقوى وعن النبي عليه السلام من كظم غيظاً وهو يقدر على انفاذه ملاً الله قلبه امناً وبعثاً وروى ناذي مناد يوم القيامة أين الذين كان أجورهم على الله فلا يقوم الامن عفاً (قوله ولان الفعل الاختياري) مما يقطع النسبة) أي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل متصوفاً على الولي فلم يكن الشاهد فاعلاً لان التدخل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كن حل قيد عبد انسان فابق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكروه فان له اختياراً فاسداً والمكروه اختياراً صحيحاً والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعضوم فصار المكروه بمنزلة الألة للمكروه فلذلك انتقل فعلى المكروه الى المكروه (قوله بخلاف المال) أي الدية

شبهه يندري بها القصاص فان قيل لو أورد شبهة لا تدفع الدية أيضاً لانه بدل القصاص أجاب بقوله (بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ماسقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكروه لان اختياره فاسد واختيار المكروه صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكروه كالألة والفعل الموجود منه كالوجود من المكروه وموضعه أصول الفقه وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما أوجاه المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهد وتضمن القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهد من حكا والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهد بشئ لأنه ضمن بفعله مباشرة

المختلف

أقول منقوض بحافز البئر والجواب أن المراد بسبب القتل الذي يوجب القصاص ما يقضى الى القتل غالباً

فلينأمل وان شئت التفصيل فراجع الى الكشف شرح البرزوي في مباحث السبب (قوله واقائل أن يقول الى قوله بالقصاص ظاهراً) أقول بين الظهور وبين فرق ظاهر فان ايثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ألا يرى أن المكروه بالقتل يكون كسلوب الاختيار بخلاف ايثار التشفي فانه ليس بتلك المثابة إذ يمنع عنه كثير ايثار العفو ابتغاء الثواب مع انه مطبوع على حب الثناء في العاجل واظهار السمحة والكرم أيضاً وذلك يدعو الى العفو فليتأمل (قوله ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الخ) أقول أي ولكون هذا السؤال متوجهاً تنزل للمصنف (قوله يعني سلمنا أن ثمة الخ) أقول اذا كان كلام المصنف منعاً يكون اعتراض الشارح خارجاً عن الآداب

لنفسه باختياره وان ضمن
الشاهد من لم يرجع على
الولي في قول أبي حنيفة خلافا
لهما قالوا كانا عاملين للولي
فبرجعتا عليه وقال ضمننا
لاتلاف المشهود عليه حكما
والتلف لا يرجع عما ضمن
بشئيه على غيره وتعام ذلك
بما فيه وعليه يعرف في
المختلف تصنيف الفقيه أبي
الليث لاتصنيف علاء الدين
العالم قال (واذا رجح
شهود الفروع ضمنوا
بالاتفاق) لان الشهادة في
مجلس الحكم صدرت منهم
فكان التلف مضافا اليهم
ولو رجح الاصول فلما أن
يقولوا لم تشهد الفروع على
شهادتنا أو يقولوا أشهدناهم
غالطين أو رجعتنا عن ذلك
فان كان الاول فلا ضمان
على الاصول بالاجماع لانهم
أنكروا سبب الاتلاف وهو
الاشهاد على شهادتهم او لا
يبطل القضاء لان انكارهم
خبر محتمل للصدق والكذب
فصار كما لو شهد الاصول
وقضى بشهادتهم ثم رجعوا
وان كان الثاني فكذلك
عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه
الله ضمنوا (لهما أن القضاء
وقع بشهادة الفروع لان
القاضي يقضى بما يباين من
الحجة) وقد عين شهادتهم
والموجود من الاصول شهادة
في غير مجلس القضاء وهي
لبست بحجة حتى تكون
سببا لاتسلاف (وله أن

المختلف قال (واذا رجح شهود الفروع ضمنوا) لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجح شهود الاصول وقالوا لم تشهد شهود الفروع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي

والمكره منع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عدا فقتل بذلك وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فاعاقلة في الخطأ ان شاور رجعا على الاخذ لانه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وان شاور ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكو المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين أن الولي أخذ ما لهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء أورش شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضموا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضموا الشاهدين وهما لا يرجع عن أبي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكو المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمسك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان أداء الضمان انعقد سببا للملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مديرا وعصبه آخر ومات في يده ضمن المالك الاول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله واذا رجح شهود الفروع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لان الشهادة) التي (في مجلس القضاء) وهي التي بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجح شهود الاصول وقالوا لم تشهد شهود الفروع على شهادتنا لم يضموا) ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقتل بالدية على عاقلة وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حيا لا ضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الاصلين أشهدا هم غير أن الولي يرد على عاقلة ما أخذ منها ولو حضر الاصلان وقالوا لم نشهد هما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا ضم للرجعنا بان قالوا أشهدنا هما بياطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما او اشهادهما للفروعين كافيان في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالمرجوع في غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا فلما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقا أو ما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف في وجهه (لانهم أنكروا) أي شهود الاصل (السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر محتمل) الصدق والكذب (فصار كرجوع الشاهد) يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) اذا نكروا الاشهاد (قبل القضاء) لا يقتضي بشهادة الفروعين كما اذا رجعا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم (فان قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الاصول) هكذا

(قوله لانهم أنكروا والسبب) أي سبب اتلاف مال المدعي عليه وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم أنكروا التحميل ولا بد منه (قوله لان القضاء وقع بشهادة الفروع) من الوجه الذي ذكرنا أي أبو حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إشارة الى قولهما ان القاضي يقضى بما يباين من الحجة وهو شهادة الفروع وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر أي محمد رحمه الله من قوله ان الفروع نقسوا شهادة الاصول

الفروعين فاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القاضي والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدلتهما فصارا كأنهما حضرا

بأنفسهم ما شهدوا ثم رجعوا فذلك (٥٥٠) يلزمهم الضمان فكذا ههنا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان)

قضى بما يعاين من الجسته وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلا وشهادة الأصول نصا كما أنهم حضروا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار أن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيختار بينهما أو الجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمن (وإن قال شهود الفروع كذب شهود الأصول أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن أمامه من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال (وإن رجع المزمع كون عن التزكية ضمنوا)

أطلق القدر ويحكم المصنف بان الضمان قول محمد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فلا ضمان على الأصول لمحمد أن الفروعين نقلا وشهادتهم إلى المجلس ووقع القضاء بها كأنهم ما حضروا بانفسهم أو أديا فإذا رجعا ضمننا وغاية الأمر أن تكون شهادتهم مما ليست في المجلس حقيقة لكنها يابسه حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع والحكم عند الرجوع ولا حاجة إلى اعتبار الفروعين ثابتين عن الأصولين فيكون فعلهما كما فعلهما لا يرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الأصولين إياهما مع الأداء بعد التضمين ولا يعمل فلهما بل عليهما أن يؤديا لو منعاهما بعد التضمين ولا يخيرون أبي يوسف رحمه الله أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع لأنهم شهدوا بشهادة الأصول فهو كالمشهد وأحق أن رجعوا على قضى به بشهادتهم وهذا لأن القاضي انما يقضي بما عاين من الجسته وشهادتهم وما إذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد أحرر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المراجع عندهما آخره (قوله ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع) والضمان انما يكون برجوع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار أن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكرنا) أي محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلا وشهادة الأصول فاقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الأصول وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلاما من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لأن شهود الأصول يشهدون على أصل الحق وشهود الفروع يشهدون على شهادتهم وقيل لأن أحدهما أشهاد والآخر أداء للشهادة في مجلس القضاء ولا تجاسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد فلذلك يجمع بين الفريقين في التضمن بل أثبت الخيار في تضمن أي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فإنه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلاما من الفريقين مؤاخذ بفعله فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الأصول إذ لو لا الشهادة الأصول ما تمكن الفروع من النقل ولو لا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان أما الفروع قبل النقل وأما الأصول فبضميهم الفروع على النقل اذ بضميهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وإن رجع المزمع كون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدر ويذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما

(قوله والجهتان متغايرتان) لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول فلا يجمع بينهما في التضمن أي لا يقال أن كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمتفرد وللمشهد عليه الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن المفعوب منه أن يضمن أي ما شاء (قوله وإن رجع المزمع كون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنون لأنهم أنشأوا على الشهود نصا وكشهود

على الفروع لا غير لما سر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه بخير) بين تضمنين الأصول والفروع عملا بالدليان وذلك (لأن القضاء وقع بشهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره محمد) والعمل بهما أولى من إهمال أحدهما فإن قيل فلم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول ولا تجاسة بينهما ليحصل السك في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالتفرد عن غيره وتأخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد (وإن قال شهود الفروع كذب شهود الأصول أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم) ولا يطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال (وإن رجع المزمع كون عن التزكية ضمنوا الخ) إذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجع المشهود عليه ثم ظهر

وهذا

أقول المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهي محمد والأمين

الشهود عبيدا أو كفو أو أقال ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحررتهم ولم ينسب كذبهم بما أخبروا من قول الناس انهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدينية في بيت المال وان رجوعا عن تركيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة فوجه الله خلافا لهـ المال المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اتوا على الشهود خبرا ولا ضمانا على المثنى على الشهود (٥٥١) كشهود الاحصان وله ان التزكية لا يعمل

للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل يجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتعام المثر في الحد زجما كان أو جلد ليس الا الزنا لانه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا أو كوا وقال المزكّن هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفو أو أقال ثبت المزكّن على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفو أو أقال المزكّن كون فلا نهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الذي عند أبي حنيفة فوجه الله وعندنا ما لا يثبت في بيت المال في الوجهين لان المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما اتوا على الشهود خبرا أو بوجهة يقول جعلوا ما ليس به وجب أعني الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول به بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخر بدخول الدار فقصي بالطلاق والعتاق ثم رجع الغريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز لاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالري فانه سبب اضي السهم في الهواء وذاسبب الوصول الى المرى وذاسبب الجرح وذاسبب ترادف الا لام وذاسبب الموت ثم الموت اضيف الى الرى الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه أحكام القتل من الغصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون اليمين موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس به وجب وجبا أو ما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكّن كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى السلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى أن يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف عليه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم أحسن لا يبرجهم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معروفا فالحكم الزنا فثبت انه سلامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذا الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) يعني شهدا أنه قال عبده ان دخلت الدار فانت

هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنون لانهم اتوا على الشهود خبرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبت السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضى لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضاف التالف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجوع لا يضمنون الدية بتا قنا ولا بى حنيفة فوجه الله أن التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل يجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتعام المثر في الحد زجما كان أو جلد ليس الا الزنا لانه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا أو كوا وقال المزكّن هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفو أو أقال ثبت المزكّن على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفو أو أقال المزكّن كون فلا نهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الذي عند أبي حنيفة فوجه الله وعندنا ما لا يثبت في بيت المال في الوجهين لان المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما اتوا على الشهود خبرا أو بوجهة يقول جعلوا ما ليس به وجب أعني الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول به بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخر بدخول الدار فقصي بالطلاق والعتاق ثم رجع الغريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز لاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالري فانه سبب اضي السهم في الهواء وذاسبب الوصول الى المرى وذاسبب الجرح وذاسبب ترادف الا لام وذاسبب الموت ثم الموت اضيف الى الرى الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه أحكام القتل من الغصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون اليمين موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس به وجب وجبا أو ما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكّن كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى السلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى أن يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف عليه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم أحسن لا يبرجهم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معروفا فالحكم الزنا فثبت انه سلامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذا الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) يعني شهدا أنه قال عبده ان دخلت الدار فانت

السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط ككافر البتر مع الملقى فان الضمان عليه دون الخاف (قوله ألا ترى) فوضح لاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها (قوله فان ثبتوا على التزكية الخ) أقول سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لا مرأته الخ) أقول ههنا نوع مسامحة اذ يدل على أن يقول لا مرأته ان دخلت الدار فانت حرة والمراد واضح (قوله ككافر البتر مع الملقى فان الضمان الخ) أقول لانه سبب قريب والعلة الثقل فاذا ضمن مثبت السبب القريب فبما اذا اجتمع السببان لقربه فلان يضمن مباشرة العلة دونه مباشرة السبب أولى

وان لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الأئمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتا باقرار المولى ورجع شهود الشرط من بعض المشايخ أنهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانهم ليست بتعدد فيضاف الى الشرط خلعا عن العلة وشبهه بحجر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيارات لان قوله أنت حرم مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا بخلاف مسألة (٥٥٣) الحفر فان العلة هناك تنقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك

بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول * (كتاب الوكالة) *

بلغت خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الغريقين بالسورية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فانه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب وذلك انما أثبتته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع شرعا لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسميان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لان العلة انما هي النقل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى ومن هذا اذ رجع شهود التخير مع شهود اختيارها بنفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا أنه تزوج فلانه وشهدا أنهما دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزويج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزويج فخرجت شهادتهم ما من أن تكون اتلافهم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم ما ثبت السبب عنده بخلاف ما اذار جع معهم شهود اليمين وحتى المصنف فيه اختلف المشايخ قال العتاق قال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسميوا في التلف بغير حق لان له أثر في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه انما في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لسبب اثباته فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا معنى ما ذكرنا من كلام العتاق ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيارات لان قوله أنت حرم مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا أو لا بخلاف مسألة الحفر فان العلة هناك تنقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا أقر بالتعلق فشهدا بوجود الشرط وأما لو شهدا ثندان عليه بالتعلق وأخرا ن بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم والله أعلم * (كتاب الوكالة) *

حرا وقال لا مراءه وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق (قوله ولو رجع شهود الشرط وحدهم) اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلة لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها الشرط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيارات والى هذا مال شمس الأئمة السرخسي والى الاول نفر الاسلام البردوي ولو شهدا بالتعويض وأخرا ن بانها طاعت وأعتقت فالتعويض كالشرط

* (كتاب الوكالة) *

اعقب

السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاصبية والاجاع فان الامه قد أجعت على جوازها من

(قوله وان لم يشهد بالدخول) أقول فيه تأمل * (كتاب الوكالة) (قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول ولان الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فانها كما سيجيء آتفاقة جائرة فاستحققت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاضد أيضا) أقول كما اذا كان وكيلًا بالمبيع أو الشراء مثلا (قوله وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بالغيب لم يبلغه النكبر والسنة وهو ما روي أنه عليه السلام الى الغير بلا تدخل له في التصرف والمبعوث الى المدينة كان مأمورا بشراء الطعام

بجعل الاتلاف مضافا الى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله سبحانه وتعالى أعلم

* (كتاب الوكالة) *

اعقب الشهادات بالوكالة لان الانسان لما خلق مدينا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاوض وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفردا أثر تأخيرها والوكالة تكسر الوارد وفتحها اسم للتوكيل من وكالة اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كأنه فعيصل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة

عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بالغيب لم يبلغه النكبر والسنة وهو ما روي أنه عليه

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلام من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعى معتمدا عليه
كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسر هاء اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك الى من وكلته اعتمادا عليه
فيه ترفها منك أو عجزا عنه والوكالة أبد المالحج والترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معسفا لو كل من فيه
ضعف وفسر قول أبيد

وكأني ملجم سودا نفا * أجديا كره غير وكل

والسودا نقي والسودق والسودنيق الشاهين والاحدل الصقر نسب فرسه اليه ووكاه جعله وكيلا
مفوضا اليه الامرو منه وكل أمره الى فلان ومن هذا قول الخطيب

فلا يا قصر الطرف عنهم بحرة * أمون اذا واكتهم الاتوا كل

يعني اذا فوضت أمرها اليها لا توكل نفسها الى أن أحسنها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف
فده أو توكل قبل الوكالة أو تكلت عليه اعتمادا وتكالت قلبت الواو ياء لسكونهم وانكسروا ما قبلها
ثم أبدلت تاء فادغمت في تاء الافتعال وأما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الأمور وهو فاعيل بمعنى
مفعول أي موكول اليه الأمر فاذا كان قويا على الأمر قادر عليه نصوحا تم أمر الموكل فاذا رضى سبحانه وتعالى
أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا أوجبته عليك لتحقق مصلحة
فصلامته قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذوه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لاله
غيره وأما سر عاقل التوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى
تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفي المبسوط قال علماءنا فيمن قال لا خير وكتلت بمالي أنه يملك بهذا اللفظ
الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره أنت وكيلى في كل شئ كان وكيلا بالحفظ وأما سبب اذفع الحاجة
المحققة اليها كما سيظهر في كلام المصنف وأما ركنها فالفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكتلت ببيع هذا
أو شرائه مع اقتترانه بقبول مخاطب صريحا ودلالة فيما اذا سكنت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر
بالعمل قبوله وروى بشر بن أبي يوسف أنه اذا قال لغيره أحببت أن يبيع عبدي هذا أو قال هويتي أو
رضيت أو وافقتنى أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا أنمك عن طلاق زوجتي
لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا أنمك عن التجارة لا يصير مأذونا وقال الفقيه أبو الليث الجواب
في الوكالة كذلك أما في الاذن يجب أن يكون مأذونا في قول علماءنا لأن العبد يسكن المولى بصير مأذونا وهذا
فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنمك في حال عدم مباشرة العبد ببيع فوق
سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبي أنت وكيلى في كل شئ يكون بالحفظ قالوا فلماذا فقال أنت وكيلى في
كل شئ جاز صنفك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا في البيعات والاجارات والهبات والطلاق والعناق حتى
ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وفي فتاوى بعض
المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكتلت في
جميع أمورى ولو قال فوضت أمر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت أمرى اليك الصريح
انه مثله وفي المبسوط اذا وكره بك قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاض ولا ببيع ولا شراء وفوضت لك
أمر مستغلا وكان أجرها ملك تقاضى الاجرة وقبضها وهذا أمر دوني ملك التقاضى وأمر دواي ملك الحفظ
والرعى والتعليق وأمر مما يلي ملك الحفظ والنفقة وفوضت اليك أمر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على
المجلس بخلاف ما لو قال وكتلتك الوصاية حالة الحياة وكالة بغير موصاية لان المنظر واليه المعانى
وكتلتك في كل أمورى وأنتك مقام نفسى ايسر توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف
الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة قالو وكالة باطلة ولو قال وكتلتك في جميع الأمور والى

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكالة فانه مفعول لانه موكول اليه الأمر أي مفوض اليه
والوكالة بالسكسر مصدر التوكيل والفتح لغة ومنه وكره بالبيع فتوكل به أي قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ

قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يجوز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون سبيل منه دفع الحاجة

بجواز التوكيل فيها فتوكل عام يتناول البياعات والانكحة وأما شرطها فإسباقي عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام وأما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بالرضا لا بخبر كإسباقي أن شاء الله تعالى ولكون شرعية غير لازمة مرد المحققون قول بعض المشايخ فيما قال كلما عزلتوكيلا لا يملك عزله لأنه كلما عزله تعبد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكيل كالمعزول لا لأنه كلما عزله تعبد وكالته فان اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتوكيلا لا يملك عزله عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكيل وذلك انما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتوكيلا عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وطهري الدين يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجزت وكالة أخرى من المعلقة وقيل هذا لما يلزم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احتراز عن قول أبي يوسف أن الانحراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وأما على قول محمد أنه يجوز فلا وهو المختار وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الأصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والافق أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والبيع والخصومة في ذلك وليس ثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لأحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر وملك توكيل الذي به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ولا يطل طرده عدم توكيل الذي مسلم ببيع خمر وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذي فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجلالة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض إليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكر وأن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته

والوكالة الحفظ فذلك مسبب عن الاعتماد والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف إلى الغير وسمى الوكيل به لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره أي فوضه إليه واعتمد فيه عليه وقيل التوكيل في الشرع عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى أن التصرف إذا لم يكن معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة بالسكاب قال الله تعالى فابعدوا أحدكم بوزنكم هذه إلى المدينة أخبر الله تعالى عن أهل الكهف أنهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الأمم الماضية بالانكار يكون شريفة لنا ما لم يظهر ناهية والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم ابن حزام بشراء أخصيته واجتماع الأمهات والمعقول فقد يجوز الإنسان عن حفظ وطنه عند خروجه إلى السفر وقد يجوز عن التصرف في ماله لقلة هدايته أو لكثرة اشتغاله أو لكثرة ماله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلا كانت محجة الوكالة بسبب هذه المعاني لا تحصر فيها قلنا حكمه الحكم تراعى في الجنس لا في الأفراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك (قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) ولا ترد على هذا صحة توكيل المسلم الذي بشراء خمر وبيعه لأن ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد قضا لأنه لم يقل كل عقد لم يجز له أن يعقده بنفسه لا يجوز أن يوكل به غيره فان قيل يرد في طرده نقض وهو أن الذي يملك بيع الخمر بنفسه لا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعه قلنا الذي يملك بيع الخمر نفسه وملك توكيل غيره ببيعه أيضا حتى أنه لو وكل ذميا آخر ببيعهما يجوز وانما لم يجوز توكيل المسلم ههنا المعنى في المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعهما اقتراحا والحرمة إذا جاءت من قبل المحل لا تكون هي مانعة لعبارة التصرف بلفظ السك حتى إن قلنا لو قال كل من

لقد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وشيئا يتعلق البقاء المقسود بتعاطيه أو كنه اللفظ وكلت وأشباهه روى بشر عن أبي يوسف إذا قال الرجل لغيره أحييت أن تبيع صدي هذا أو هويت أو رزيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الأحكام كما سذكر وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمه جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناء الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج إلى التوكيل

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول مخالف لما سمي من قوله أن العكس غير لازم وغير مقصود (قوله فقد يتفق) أقول أي العقد

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم

استبداد الابناء على اذن غيره (قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكاله حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله عليه وسلم دفع له دينار يشتري له أمه حبة فاشترى لها ديناراً وباعها بدينارين فرجع واشترى أمه بدينارين وجاء بدينارين وأضحية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به وسلم به ودعاه أن يبارك له في تجارتها ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم إلا أن هذا داخل في الأرسال عندنا فيصدق قول المصنف صح إذا كان حبيب اماماً ثقة وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحمي عن عروة البارقي قال أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري أمه حبة فاشترى شاتين فباع احدهما بدينارين وأتاه بشاة ودينار فدعاه بالبركة في بيعه ففكان لو اشترى ثوباً ربح فيه وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي ليلى واسمه مسارة بن زياد عن عروة فذكره والذي يتحقق من هذا أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنهم جاؤا فعتان فتثبتت شرعية الوكالة على كل حال وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فخرج النسائي عن ثابت أنه قال حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إليها بخطيباً فأرسلت إليها امرأة مصيبة وأنى غيري وأنه ليس أحد من أوليائي شاهد فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما كونك غيري فسادعوا الله فتذهب غيرتك وأما كونك مصيبة فإن الله سيبك فيك صبيانك وأما أن أحد من أوليائك ليس شاهداً فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب الأسيرضى بي فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجها إياها وراه أجدوا بن واهوبه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الإسناد وأما ابن عمر بن أبي سلمة سعيد سمعاً غير جاد ابن سلمة وأظرفيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان إذا كان يعني حين تزوجها عليه السلام سنة ثلاث سنين فكيف يقال للمثله زوج واستبعده صاحب التتبع ابن بسيد الهادي قال وان كان الكلاباذي رغبه قاله فان عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة ويقوى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فاجبرته أمه أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله اني لا تقاكم لله وأخشاكم له وظاهر هذا أنه كان كبيراً ثم لا يخفى أن ظاهراً للفظ يقتضي أنه كان وكلاً عن أمه لانها هي القائلة له قم يا عمر فزوج لادن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير لأنهم يضعفون الواقدي خلافاً لنافيه دليل على وكاله الصبي العاقل خلافاً لهم أنظرنا إلى حديث الواقدي فظاهر وإلى

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم

تزوج امرأة بتكاح صحيح حل له وطهره لا بد عليه الحائضه والمهرمة لا نأقول هناك جازاً أيضاً الا ان المنع من الوطء جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى طهر المهر الذي ثبت بالتكاح الصحيح فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وإنما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان البراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والا مراً بالتصرف في ملك الغير باطل ولا نقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بملك المشتري لان المشتري ملك الغير وإنما يصح لانه امر بإيجاب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في الاستقراض لان البذل في باب القرض إنما يجب ديناً في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من صحح الامر أولاً بالقبض حتى يستقيم الامر بإيجاب

وكل بشره الاضحية حكمه بن حزام بالتزويج عمر بن أم سلمة) تزويجها بابه السلام واعترض على الضابطه بانها غير معارضة ومنعكسة أما الاول فلان الانسان جازله أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والتوكيل بعقد بنفسه واذ اؤكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذي اؤكل مسلما في الخمر لم يجوز وجاز أن يعقد الذي بنفسه فيها أما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراها بنفسه ولو اؤكل خميها بذلك جاز عند أبي حنيفة والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بوجوده في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها التوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بأنه تقرر بالنقض لادافع وبأن التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب أنه من باب التخلف المانع وقيد عدم المانع في الاحكام السكينة غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال دلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبداه والتوكيل ليس كذلك والذي جازله توكيل المسلم بالمتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك بل واز أن يمنع مانع عن التوكيل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بقصد واعترض على قوله لان الانسان قد يجوز به دليل أنه من المدلول وهو جواز الوكالة فانما جازة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأوجب بان ذلك بيان (٥٥٦) حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام

وهو الحاجة لان الحاجة للحجز
حاجة خاصة وهو مجاز شائع
وحينئذ يكون المناط هو
الحاجة وقد توجد بللحجز

(قوله جازله أن يستقرض
الح) أقول والاستقراض
من العقود (قوله والتوكيل
به باطل) أقول كما سيصرح
به في الهداية قبيل باب
الوكالة في البيع والشراء
(قوله وليس بوجود) أقول
يعنى شرعا (قوله لأن
الدراهم الى قوله في ملك
الغير باطل) أقول منقوض
بالتوكيل بالاستقراض
والاستدعاء وسيجي ما ذكره
الشارح في معرض الجواب
(قوله والجواب الح) أقول

وكل بالشراء حكمه بن حزام بالتزويج عمر بن أم سلمة رضي الله عنهما

الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الموقول له زوج والمزوج هو سلمة بن أبي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق في كتاب الوصايا حديثي وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألت عليه وقلت اني أريد الخروج الى خيبر فقال اذا أتيت وكلي نخلة من خمسة عشر وسقافان ابتهني منك آية فضع يدك على رقبة وامن اسحق عندنا من الثقات وأما على توكيل على رضي الله تعالى عنه عقدا فلا يخرج البهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان على يكره الخصومة وكان اذا كنت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكنتي وأخرج أيضا عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول الله سبحانه الله ان الانسان قد يجوز المثل في ذمته والامر بالقض لا يصح لانه ملك الغير ولهذا اخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا الخ فيثبت الملك للمرسل ولا يكون للتوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيها هو ملكه وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للتوكيل ولهذا كان حقوق العبد ترجع اليه فلا يمكننا تهيج هذا العقد باعتبار العبارة لان التوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره فلذلك لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جاز ان توكيل به غيره اراد به فيما ملكه فلا بد عليه الاستقراض نقضا (قوله وكل بالشراء حكمه بن حزام) أي بشره الاضحية (قوله وبالتزويج عمر بن أم سلمة

يعنى عن الرد (قوله وان محل عقد الوكالة الح) أقول سيجي وتحقيقه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع قال

(قوله وفي الاستقراض) أقول فيه نامل (قوله لا يقال الى قوله لان ذلك الح) أقول قوله لان ذلك جواب لقوله لا يقال الح والضمير في قوله فيه راجع الى الاستقراض والضمير في بدلها راجع الى الدراهم في قوله وفي الاستقراض للدراهم المستقرضة (قوله والذي جازله توكيل الح) أقول وهذا على تقدير محتمل يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أي لا لأنه لما كان مخالفا لما سيجي من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا والحق في الجواب أن يقال لم يقل جاز ان توكيل به كل أحد حتى برد النقض والذي يملك أن توكيل غيره وهو ذمي مثله فتأمل ثم أقول بقي فيه بحث آخر اذ التوكيل والتوكيل كالكسر والاكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه (قوله وأوجب بان ذلك بيان حكمه الحكم الح) أقول في التنقيح الحكم المجرى لا نعتير في كل فرد خلفاتها وعدم انضمامها بل في الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط بدو رمعها أو يغلب وجودها عنده كاسم مع المشقة انتهى وأنت تخبر بان اضافة الحكم الى الوصف هنا غير واضح فتأمل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الح) أقول ههنا كلام الأت يقال قد لا تتحقق كذا قيل وفيه بحث لان التعليل ليس بالنسبة الى أحوال التوكيل بل بالاضافة الى أحوال الانسان (قوله فلانه جاز أن يباشر بنفسه الح) أقول الاظهر أن يقال فلما جازة أيضا اذ هي المال كالايجني

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الخ) الوكالة حادثة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايقانها واستيفانها ما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صرح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل في اخصومة تكونه ذكبا حاضرا الجواب وبعدم أسن عقيل وقهره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بايقانها واستيفانها فلا نه (٥٥٧) جز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الا في الحدود والعقاص فان الوكالة باستيفانها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود وتندري بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لماني ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله (وشبهة العفو) دليل على العقاص لان الحدود لا يعنى عنها وتقرر به العقاص يندري بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة لا غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عاين يشعربه الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تغفرا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول هو خالص حق العبد يستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفي الحدود والعقاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذا اصل هو الصدق لا سيما كان الموكل حاضرا لم يخرج الى

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صرح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل او بعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه (وكذا بايقانها واستيفانها الا في الحدود والعقاص فان الوكالة لا تصح باستيفانها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الخصومة لا تنفاه هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا

الى آخره بيان حكمته شرعية الوكالة (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات التي ما يثبت حقه أو يدفع بها عنه ايدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايقانها واستيفانها الا في الحدود والعقاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايقانها ولا باستيفانها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفي مطلق اذا ايقانها ليس الا بتسليم ظهر أو نفسه لا قامة الواجب وليس ذلك الامر الا من الجاني وليس هو الوكيل فذلك قيد في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لانها أي الحدود والعقاص تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال تعالى وأن تغفوا أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والعقاص فانه يستوفي ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس في باقي الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصاً مع العدالة والرجوع ليس غابا بل من نحو ثمانية عام لا يعرف الا ما وقع عند علي رضي الله تعالى عنه والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتباره احكام (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في العقاص وأما

وكل تزويج أمه أم سلمة من النبي عليه السلام (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) أي في جميعها وفي الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صرح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل وانما كان يختار عقيلاً لانه كان ذكبا حاضرا الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقهره لكبر سنه أو لانه ائتمن ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكبا وكذا بايقانها أي باذانها واستيفانها أي قبضها الا في الحدود كذا القذف والسرقه والعقاص فان الوكالة لا تصح باستيفانها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندري بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولو لم يندري بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل وقال الشافعي رحمه الله يستوفي العقاص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة والعقوبة تسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عاين نفسه والوكيل لا يشعربه بل هو الظاهر لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى في صدق به فهو كفارة له (قوله بخلاف غيبة الشاهد) أي يستوفي الحدود والعقاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصاً في حق العدول بخلاف حال حضرة الموكل أي حضرة الموكل أي يجوز للوكيل ان يستوفي العقاص حال حضرة الموكل لا تنفاه هذه الشبهة وهي شبهة العفو (قوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) هذا جواب لان يقال لما حضر

العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لا تنفاه هذه الشبهة أي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا

(قوله لان الحدود تندري بالشبهات) أقول وكذا العقاص كخبره يصرح به الآن فلا وجه لتخصيص الدليل الاول بالحدود (قوله لان الحدود لا يعنى عنها) أقول غير منقوض بخلاف القذف وحد السرقة لان الحق صار الله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه يقطع (قال المصنف ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول فيه شيء لكن المراد الا تسد باب النسيئة الى الذي لا يحسن كخبر حوايه

التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لعله هدايته أولان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استخسا بالنسبة اليه بالسكية (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفاء واستيفاء واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقى اثبات الحدود والقصاص داخل في قوله بالخصومة (٥٥٨) في سائر الحقوق فقال (هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله

وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبي حنيفة وقبل مع أبي يوسف رحمه الله وقبل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصا كانه متكلم بنفسه له أن التوكيل ازالة وشبهة النيابة يغير زعمنا في هذا الباب (كفي الشهادة على الشهادة وكفى الاستيفاء) ولا ي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجو بضاف الى الجنائية والظهور الى الشهادة فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدود والقصاص

الحدود فان الذي يلي استيفاءها الامام وقد لا يحسن لجاز توكيل الجلاد والامتنع ثم لا يخفى أن تعليل المصنف انفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفناه في الحدود ودلو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفا المبروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فلو جسه أن يضم ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة أو غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدور (قوله وهذا الذي ذكرناه) أي من جواز التوكيل باثبات الحدود أي من جهة الموقوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب (قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها) وقول محمد مضطرب نارة يضم الى أبي يوسف ونارة الى أبي حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجمه وكذا فعل في الميسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبي حنيفة وأبي يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره ولا ي يوسف أن التوكيل اناية وشبهة النيابة يغير زعمنا في هذا الباب) أي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولا ي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لان وجوبه) انما (يضاف الى) نفس (الجنائية) لا الى الخصومة (والظهور) أي ظهور الجنائية انما يضاف (الى) نفس (الشهادة) لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقضي وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق أي باقيامها أي فيجوز الوكالة به هذا الحق كفي سائر الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تحطنته بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتياط فيه ووضع الشرع الاحتياط لاسقاطه فان قبل لوضع هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرته لانه ساع الى آخره وذلك يخل بالاجماع قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحميل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضغفه هو عن الاثبات والشرع أطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتمالك فيه بل اذا عجز ترك لانه عليه الدبر لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ما عزا حدين هرب لما أذلقتهم الحجارة هلا تركتموه أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدود والقصاص) أجازة أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف الموكل لم يخف الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان في التوكيل شبهة البديلية واستيفاء القصاص مما

لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا أما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لا ي يوسف أن التوكيل اناية والاثبات فيها شبهة لاصح وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كفي الشهادة على الشهادة وكفى الاستيفاء (ولا ي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجنائية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبه بوجود كفي الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه

(قوله عند حضوره استخسا)

أقول والقياس أن لا يجوز البديلية (قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل) أقول لا يخفى عليك أن المشار اليه كلام هو جواز التوكيل في الحقوق كلها لانه هو المذكور صريحاً وهو اللائق لان فعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة وأما عند أبي يوسف لا يجوز التوكيل في بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف وما في الشرح تبعا للائتنافى تكلف ظاهر لم يتأمل (قوله واستثنى ايفاء الحدود والقصاص) أقول الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاءهما ولا يتوهم جواز التوكيل بايفاء ما حثي يحتاج الى الاستثناء (قوله بقى الحدود والقصاص الخ) أقول الاظهر أن يقال بقى الخصومة في الحدود والقصاص

يتعلق به الوحدو بخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق به الظهور وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكذا الجواب بدفع ما عليه وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة (٥٥٩) لاتنفع الدفع ألا ترى أن الشهادة على

الشهادة وشهادة النساء

مع الرجال في العفو صحيحة

لكن هذا الوكيل لو أقر

في مجلس القضاء بوجوب

القصاص على موكله لم

يصح استحصانا والقياس

صحته لقيامه بمقام الموكل

بعد صحة التوكيل كافي

الاقرار بسائر الحقوق ووجه

الاستحسان ما قاله من شبهة

عدم الأمر به قال (وقال أبو

حنيفة لا يجوز التوكيل

بالخصومة الأرضية الخصم)

اختلف الفقهاء في جواز

التوكيل بالخصومة بدون

رضا الخصم قال أبو حنيفة

رحمه الله لا يجوز التوكيل بها

الأرضية سواء كان الموكل

هو المدعي أو المدعى عليه

الأب بالمرض أو السفر

(ولا يجوز التوكيل بها

من غير رضا الخصم وهو

قول الشافعي رحمه الله)

قال المصنف (ولاحلاف

في الجواز إنما الخلاف في

اللزوم ومعناه أنه إذا وكل

من غير رضاه وهل يرد برده

أو لا عنده يرد خلافا لهم

فعلى هذا يكون قوله

لا يجوز التوكيل

بالخصومة الأرضية الخصم

مجازا أقوله ولا يلزم ذكر

الجواز وأراد اللزوم فإن

الجواز لازم للزوم فيكون

ذكر اللزوم وأراد

اللزوم وفيه نظر لا نالنا

نفس المرض وقيل إن تكلف الحضور

بالركوب على الدابة وغيرهما يتردد مرضه (قوله لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم) هل ترد

اللزوم وفيه نظر لا نالنا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلناه

وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لاتنفع الدفع غير أن أقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الأرضية الخصم الآن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فلا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم (وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم

(و) لاشك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة ثابتا بما (لأن الشبهة) التي بها منع أبو يوسف هناك (لاتنفع الدفع) بل تقتضي أن يقول بجواز الوكيل بدفعه ثم لا يجوز للوكيل الإقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة بخلافه هنا عجب والله تعالى أعلم ثم وجه عدم صحة أقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجواز في غيره أن الوكيل بالخصومة انصرف إلى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فتعتبر عمومها فيما لا يندرج بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرج بها بالشرع العام في الدرع بالشبهات وفي اعترافه شبهة عدم الأمر به (قوله) وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة (من قبل المدعي والمدعى عليه) (الأرضية الخصم) الآن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (ولا يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله قال المصنف رحمه الله (ولاحلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم) قالوا فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل إلخ لا يلزم الأرضية إلا خروا نكر بعض الشارحين ما تنفق عليه غيره من التفجير المذكور سبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم ترد على ما جلوه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الأرضية الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكروا فيه وإنما فسر وهذا وسبق المصنف شمس الأئمة إلى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم أن يطالب الخصم أن يحضر بنفسه ويحجب ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكره وسبب ذلك أنه لم يعرف لاحد القول بأنه إذا وكل فعلم خصمه فرضه لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يحدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا تجوز إلا

لا يجوز في الإبدال فاجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا (قوله) وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة رحمه الله أشاره إلى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق أي في جميعها وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد القذف والسرقة والقصاص ثم قال لا في الحدود والقصاص فإن الوكيل لا يصح باستيفاء ما غيبه الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخل في صدر الكلام وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكيل بالخصومة بالقصاص بأفامة اليهود أيضا وقول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله وهو أظهر وقيل مع أبي يوسف رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره (قوله لأن الشبهة لاتنفع الدفع) لأن دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل إذا أقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح إقراره استحصانا وفي القياس يصح لأنه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل ألا ترى أن في سائر الحقوق جعل إقراره كأقرار الموكل فكذلك في القصاص وفي الاستحسان نقول أقرار الوكيل قائم مقام إقرار الموكل والقصاص لا يستوفي بحجة قائم مقام غيره فأنصحنا التوكيل على الجواب لأن جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فأما في الحقيقة فلا قرار ضد الخصومة والمجاز وإن اعتبر بقاء الدليل فالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندرج بالشبهات دون ما ثبت مع الشبهات (قوله مريضا) المراد نفس المرض وقيل إن تكلف الحضور بالركوب على الدابة وغيرهما يتردد مرضه (قوله لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم) هل ترد

(قوله وفيه نظر لا نالنا نسلم أن الجواز إلخ) أقول الظاهر أنه جل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه اللزوم مما لا يقبل المنع

لكن ذلك ليس بمجاز والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصوص والبرضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصوص غير لازم بل ان رضى به الخصم مع الانفلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا (لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه) لانه وكله بالجواب والخصوص لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا بحالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضى أى بقبض الديون وإياها ولا يوجب حذيفة رحمه الله أن لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضر في مجلس القاضى والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خصوصه (٥٦٠) له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك

لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصوصية فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق

برضاه أنها لا تضى على الآخر وتلزم عليه الآن برضى ومعنى هذا ليس إلا أن لازم عليه موقوف على رضا وهو معنى التأويل المذكور ومن العبارات التي نقلها ما من أى حذيفة لا قبل وكاله من حاضر صحيح الآن رضى خصمه موهى قريته من التفسير المذكور والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضى الآخر لا يحتاج في سماع خصوصه الوكيل الى تحديد وكاله كما هو لازم باعتبار من ظاهر العبارة (لهما ان التوكيل) بالخصوص (تصرف في خالص حقه) لان الخصوصية حقه الذى لا يصد عنه فاستنبطت فيه تصرف في خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضى الديون وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ولا يستحقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شئ ليحجبه عما يدعيه عليه وغاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بغيره (و) (لا شك أن) (الناس يتفاوتون في الخصوصية) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فاقض له من حقه خيما فانها هي قطعة من نار ومعروف أن الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحبل والدعوى الباطلة ليغاب وان لم يكن الحق معه كما أفاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالترامه وصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشرىكين) فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها وكن استاجرة ليركها اجارته اياها تصرف في حقه ومملوكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذا كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما فاس عليه من التوكيل بتقاضى الدين فانه بحق ثابت معلوم بقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بحسن حقه وعلى الطالب أن يقضى ما عليه وللتقاضى حدم معلوم اذا جازوه منع منه بخلاف الخصوصية فان ضررها أشد من شدة التقاضى وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التعجيل على اثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يجوز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه وتوكيل على رضى الله عنه وغيره بالخصوص ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الأئمة والذي نخشاه أن القاضى اذا علم من المدعى التعنت فى

لان الناس متفاوتون في الخصوصية فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشرىكين فانها تتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شرىكه في تخيير بين الامضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحصل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذى يمنع عنه

(قوله ليس بمجاز) أقول بل كتابة كما صرح به في المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بان العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ولا تعويل على ما ذكره السكاكى كيف وقد اعترف هو أيضا

بان ما ذكره تكلف ارتكبه لضبط فراجع (قوله في قوة قولنا التوكيل الخ) أقول فيه نظر فاننا لا نسلم أنه في قوة ما ذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لا اشتراط لزومه به والحاصل أن في الجواز أخص بناء على أن نقيض العام أخص من نقيض الخاص من نفي اللزوم والمقصود بالافادة هنا هو الثاني لا الاول اذ لا خلاف فيه (قوله والا فلا) أقول هذا مناف لغرضه (قوله لانه وكاله الخ) أقول أنت نجيب بقصود الدليل عن افادة المدعى فانه كان عام التوكيل المدعى أيضا قوله والمستحق للغير) أقول يعنى المستحق للمدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول الظاهر أن يقال حقه ما لا أنه راعى عبارة الدليل فافهم والضمير في قوله حقه راجع الى الموكل

عليهما

علمها هذا ثم كمال يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقيق الضرر ولو كانت المرأة مخدرة لم تجبر عايتها بالبر وزوجها بحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقة حياتها فيلزم توكلها قال

ابائه التوكيل بقبوله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا مرضا الاخر فيضاهل وقع الضرر ومن الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن زداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد واختلغوا فيه والصحيح ان له أن يوكل لان نفس الحصومة مغلقة زيادة سواء المزاج فلا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر (عند ارادة السفر) غير أن القاضي لا يصدق في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويساله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدق اذ لم يصدق الاخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي) وهو الامام الكبير أبو بكر الجصاص أحد بن علي الرازي (يلزم التوكيل) منها (لانها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقة حياتها فيلزم توكلها) أو يصح حقةها قال المصنف رحمه الله (وهذا شيء استحسنه المتأخرون) يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر واليتيم المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختار ومن ذلك وحيث شد فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا لغائده انه المبسدى بتقريره ذلك واتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البرزوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جلبت على المنصة فراها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجبر عايتها بالبر وزوجها حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تغلب بها والدنيا ثم لم يعد لها بر وزوجها طاعة في قضاء حاجاتها بل يغلبها غيرها (يلزم توكلها) لان في الزامها بالجواب تضييع حقةها وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها بين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستخلفها أحدهم ويشهد الآخران على عيبتها أو نكولها وفي أدب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي ماذونا بالاختلاف بعث نائباً يفصل الحصومة هناك وان لم يكن بعث أميناً وشاهدين يعرفان المرأة والمرضى فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما أو انكاره مع البين لينة قلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليه بما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك بمجلس الحكم فيحضر وكياله ويشهدان عند القاضي باقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه عين على أحدهما عرضه الامين عليه فان أبي الخلف عرضه ثلاثا فاذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس يشهدا على نكوله بحضرته فاذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أمر النكول فاما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم يئنه له الشاهدان الى القاضي مع وكيلهما فيضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعى أتريد حكما يحكم بينكما بذلك فمذا رضى بعث أميناً بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضى بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول يختلف فيه فاذا أمضاء نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعداو التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله حيض المرأة اذا كان القاضي يقضى في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه أو مطلوبة ان أخرها الطالب الى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكلها بغير رضا الطالب ولو كان الموكل محبوبا فعلى وجهين ان كان في حديد هذا القاضي لا يقبل التوكيل بالرضاه لان القاضي يخبره من السجين ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضى (قوله ولو كانت المرأة مخدرة) وهي التي لم تتحلى

مطالقا أو ما المستطاع بظهر الدابة أو الجبال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح واردة السفر كالسفر في حقة التوكيل لتحقيق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقاءه كما في فسخ الاجارة ولو كان الخصم امرأه مخدرة وهي من لم تجبر عايتها بالبر وزوجها بحضور مجلس الحكم قال أبو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقة حياتها فيلزم توكلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون وأما في الاصل فانه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر واليتيم في عدم جواز الوكالة الا بالعذر بن المذكورين وعندهما كذلك في جوازها

وقال ابن أبي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام قال صاحب النهاية أن هذا التبدل وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جازعنده ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما إذا جعلت الجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب السكلي وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب بكلمة ممن جنس التصرف (قوله وتلزمه الأحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم تلزمه الأحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ماله التصرف ولزم الأحكام شرطاً واحداً وهذا أصح لان الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صحح الأحكام لتلزمه فان قلت إذا جعلته شرطاً واحداً الزم الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز تركه كقوله قلت

(قوله قال صاحب النهاية أن هذا (٥٦٢) القيد الخ) أقول في الكافي أعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف

وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)

الوالى ولا يمكنه الوالى من الخرج المخصوصة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الأحكام) فهذا شرطان للوكالة في الموكل قبل أن يستقيم الأول على قوله ما أعلى قوله فلانه يجيز توكيل المسلم الذي يبيع خمر وشراهم او المسلم لا يملكه بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون بالغاً عاقلاً وهذا حاصل في توكيل المسلم الذي يبيع خمر وشراهم اثم حمد الله تعالى على ما هدهداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضى أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس يصح بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع وأورد عليه ما إذا قال بيع عبدى هذا بعد أن اشتريته به عبداً صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كقوله قال لغيره بعثك عبدى هذا بعد أن اشتريته هذا منك بعبد لا يجوز أوجب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها انما تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لأفضاء الى المنازعة لالذات والذات تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه وجهالة الوصف لا تقضى البها في التوكيل لانه ليس بامر لازم بخلاف المباشرة لازمة ومهما اثم إذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبداً بغيره عنه لا يجوز كالأشترى الموكل بنفسه أو بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يغتابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى أن قوله فان كان بالشراء فاشترى عبداً بغيره عنه لا يجوز كالأشترى

لان التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء يقدر عليه غيره وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصل بما يملكه الوكيل فاما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذي يشترى الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الخلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظراً الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الأصل وان امتنع لعارض انتهى انتهى فعلى هذا الوجه

اللام لله يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضاً فليتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول سبقه الى هذا الكلام لان الاتقاني (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول ينبغي أن يراد بجنس التصرف الذي يتعلق بعمل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره (قوله احتراز عن الصبي) أقول بمعنى المحجور (قوله فان الأنسب بكلمة ممن جنس التصرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن مدخول كلمة ممن هو قوله ممن يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك لا يصرف المخصوص لا يتعد حتى يستقيم ادخاله ممن في ممن يملك لكن ظاهر أن المراد أيضاً بجنس التصرف المخصوص فلذلك قال فان الأنسب الخ ثم ان الانسية قد فاتت في قوله ويقصده كالاخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول أي التصرف الموكل به (قوله وجنس الأحكام) أقول أي جنس احكام جنس التصرف (قوله فالأول) أقول بعنى قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لانه لم يلزمه الأحكام) أقول حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثاني) أقول بعنى قوله وجنس الأحكام (قوله احتراز عن الصبي الخ) أقول بعنى الصبي المحجور ولعل مراده ان يكون للاحتراز عنهما لا يقال اصبي قد يلزمه الأحكام كما إذا باع واشترى أو بعه لان المراد بجنس الأحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول يؤيده

(غلط فان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط ولا سماع مع وجود المانع وهو وان رآه (قوله لان الوكيل) دليل اشتراط ما شرطته وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تخليك التصرف وتخليك التصرف من لا يملكه بحال وقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقص بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا التصرف لنفسه صحيح والجواب أن لو قيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شيء بأمرين على البديل والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف وملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ما يشره الوكيل لاهليته في كل فرد فدرسوا كان الموكل يملكه أو لا يعارض عرض في بعض ذلك لان بناها على التوسع وبشرط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن البسيط والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة وهذا يشير الى أن معرفة (٥٦٣) الغبن البسيط من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على هذه نسيم في التناع وده يارده في الحيوان وده دوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين بما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه

لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا لملكه من غيره (و) بشرط أن يكون (الوكيل) ممن يعقل العقل ويقصده (لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيلا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا

الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لمخبر من مذهبه في شراء أحد العبدین أو الثوبین أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أتم ما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الأحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو المالك فلا يصح توكيله الآن يصح به حقيقة أو معنى كما سذكر وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهم مالوا واشترى بأشياء لا يملكها فلا يصح توكيلهما وصح وأورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف في ملكه والجواب أن ملكه شرط جواز ملكه لاعتله يلزم من وجوده الوجود فإذا كان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كإمع فقد العلة (قوله) بشرط الى آخره ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرط في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده أي يعقل معناه أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فإسباب عن البائع ملك المبيع ويجلبه ملك البديل وفي المشتري قلبه ما يقصده لفائدته (١) وقول بعضهم

الخمر والخمر يروى توكيل المحرم الحلال ببيع الصبي وقيل المراد به ان يكون مالكا لاصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي وتلزمه الأحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فان كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور وبشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله) ويقصده أي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من أهل العبارة أهلية العبارة تكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى وكل محدث يكون

(قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول كيف يقال هذا اذا وكل ذميا ببيع هذا الخمر فانه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه (قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول فيه بحيث لا يستلزمه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه فأسرع ما نسي ما قدمت بده (قوله ويقصده الخ) أقول فيه نامل والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيرى على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر يؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه وأيضاً عدم كونه هازلا في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لانه يقوم مقام الموكل الخ) أقول هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول يعنى التعليل أشار به الى قوله لانه يقوم الخ (قوله يشير) أقول حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في السكافي ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على ان قال أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن ما راد الى قوله مما لا يطلع) أقول ومعرفة مبسداً وقوله مما لا يطلع خبره (قوله مما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول مسلم فان يرى كثير من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال علم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام النسيان قول الكمال وقول بعضهم الخ مبتدأ خبره أي ارتباط الخ أي يقال لذلك لبعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الاصل (١)

تخصيص المعطوف عليه باقامة الدليل (قوله) قوله لان الوكيل دليل (الخ) أقول صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف فقوله لان الوكيل إشارة الى دليل الصغرى وقوله فلا بد الخ الى الكبرى (قوله ما شرطته) أقول يعنى ما شرطت الو كاله

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب

ضمنان الكفالة وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لأن ما يلزمه ضمان الكفالة لا ضمان الثمن ما يلزمه ضمان الثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فإنه يجسسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كالمشتري لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من أهل ذلك والجواب في العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل (وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويقتل (له خيار الفسخ) لأنه ما رضى بالعقد الأعلى أن الحقوق تتعلق بالعقد إذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب لم يرض به

البيع وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيًا ما ذرنا أو عبدا ما ذرنا تعلقت الحقوق بهما السكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا في الذميرة قال إن كان الوكيل صبيًا ما ذرنا فان وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فبإع لزمته العهدة أو بالشراء إن كان بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر بالصبي ذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان الكفالة لا ضمان الثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن إنما التزم ما لا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لأن لصبي ما كحكمه في المشتري فإنه يجسسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كالمشتري لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه بما يضمن من الثمن لا ملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فإنه لا يجسسه عن الموكل إلى الاستيفاء والعبد إذا توكل على هذا التفصيل ثم أعلم أن العبد والصبي المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبارا لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط أن كان المأذون مرتدًا جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتمدة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فإن أسلم كانت العهدة تليبه والأدلى الأمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه ببيع أو شراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه (قوله والعقد)

لو أقر بالمال لزمه بعد الحرية وصح إقراره بالقصاص والحدود (قوله ثم علم أنه صبي أو مجنون) قيل المراد بالمجنون الذي يعقل البيع والشراء حتى تصح الأمانة ويكون بمنزلة الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله مجنون وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي محجور أو عبدا محجور جاز له الفسخ فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكلاء أي جنس العقد

هذا ما انتهى إليه كلام الامام السكال بن الهمام رحمه الله و يليه تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ تغمدهم الله برحمته آمين

* (فهرست الجزء السادس من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية لشيخ الاسلام
برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني) *

صفحة	صفحة
باب خيار العيب ٢	٣١٥ (كتاب الحوالة)
باب البيع العاسد ٤١	٣٥٦ (كتاب أدب القاضي)
فصل في أحكامه ٩٢	٣٧٥ فصل في الحبس
فصل فيما يكره ١٠٦	٣٨١ باب كتاب القاضي الى القاضي
باب الاقالة ١١٣	٣٩٥ فصل آخر
باب المراجعة والتولية ١٢١	٤٠٦ باب التكميم
فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول الخ ١٣٥	٤١٠ مسائل منتورة من كتاب القضاء
باب الربا ١٤٦	٤٢٥ فصل في القضاء بالمواريث
باب الحقوق ١٧٨	٤٤١ فصل آخر
باب الاستحقاق ١٨٢	٤٤٦ كتاب الشهادات
فصل في بيع الفضولي ١٨٨	٤٦١ فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه
باب السلم ٢٠٤	٤٧٣ باب من تقبل شهادة ومن لا تقبل
مسائل منتورة ٢٤٥	٥٠٠ باب الاختلاف في الشهادة
(كتاب الصرف) ٢٥٨	٥١٨ فصل في الشهادة على الارث
(كتاب الكفالة) ٢٨٢	٥١٢ باب الشهادة على الشهادة
فصل في الضمان ٣٢٩	٥٢٣ فصل في حكم شاهد الزور
باب كفالة الرجلين ٣٣٧	٥٣٦ كتاب الرجوع عن الشهادة
باب كفالة العبد وعنه ٣٤١	٣٥٦ كتاب الوكالة

* (تمت) *

